

وصية غير المسلم

لا تجوز إلا في الثلث

ولغير وارث

دفاع عن حكم محكمة النقض والإبرام

الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤

محكمة النقض والإبرام

الدائرة المدنية

مذكرة بأقوال

معلمون ضد

بولس أفندي داود وآخرين

ضد

بشير أفندي سليمان بصفته وصي خصومة على قصر للرحوم الخواجة داود يوسف طاعن

في الطعن رقم ٦٦ سنة ١٠ قضائية

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر

١٩٤٢

الفهرس

صفحة

تمهيد ١

الباب الاول

أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية للذمين
وبخاصة في الوصية

تصحيح خطأ شائع	٤
أهل الذمة يخاطبون بأحكام الإسلام في غير العقائد والمبادئ	٦
النصوص الفقهية التي ثبتت ذلك :	٨
مذهب الحنفية	٨
مذهب الشافعية والحنابلة	١٠
مذهب مالك وما ورد في اللوعة الكبرى	١٣
ولاية القضاء الإسلامي لا ترتفع عن الذمين	١٧
تطبيقات فرعية :	١٨
أنكحة الذمين	١٨
وصايا الذمين	٢٠

الباب الثاني

التشريعات العثمانية

الخاصة بالطوائف غير الاسلامية

(١)

من القمم العثمانى الى الخط المهابونى

صفحة

٣٦	كيف نشأت امتيازات الطوائف
٣٧	مخالفة امتيازات الطوائف لأحكام الشريعة الإسلامية
٣٨	إساءة استعمال هذه الامتيازات
٣٩	حركة الإصلاح فى الدولة العلية : خط جلفخانه

(٢)

الخط المهابونى

ولائحة تركات العيسويين

٣١	نصوص الخط المهابونى الخاصة بالقضاء للملئ
٣٧	أحكام الخط المهابونى رجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية
٤٠	لائحة تركات العيسويين
٤٧	دفع اعتراضات على هذه اللائحة :
٤٧	هل لها قوة التصريح
٤٨	هل عطل العمل بها فى تركيا
٥٢	هل وقف العمل بها فى مصر
٥٨	التقاليد القضائية :
٥٨	تأييدها لأحكام الخط المهابونى
٦١	المرة بها لا بالمذكرات السياسية

(٣)

التحريرات السامية

صفحة

٦٢	نضال الطوائف لاسترجاع امتيازاتها
٦٥	تحرير ٣ فبراير سنة ١٨٩١ الصادر للروم الأرثوذكس
٦٩	تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ الصادر للأرمن الأرثوذكس
٧٢	التحرير السامى الثالث والتتميم للزعوم

الباب الثالث

التشريعات المصرية

التي تنظم القضاء الملى

(١)

التشريعات العامة

٨٢	التشريع المختلط والتشريع الأهلى وتشريعات سنة ١٩٣٧
٨٣	التنازع الدولى ما بين القوانين والتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية

أولا - التشريع المختلط

٨٥	المادة ٩ من لأئحة الترتيب والمادة ٤ من التقنين المدنى (نطاق الأحوال الشخصية)
٨٦	المادة ٧٧ من التقنين المدنى الخاصة بالمواريث
٨٨	المادة ٧٨ من التقنين المدنى الخاصة بالوصية
٩٢	المادة ١٩٠ من التقنين المدنى الخاصة بالأهلية

صفحة

ثانياً - التشريع الأهلى

مطابقته للتشريع المختلط	٩٢
المادة ١٦ من لائحة الترتيب (نطق الأحوال الشخصية)	٩٤
المادة ٥٤ من التقنين المدنى الخاصة بالموارث	٩٦
المادة ٥٥ من التقنين المدنى الخاصة بالقضية	١٠٠
المادة ١٣٠ من التقنين المدنى الخاصة بالأهلية	١٠٢

ثالثاً - تشريعات سنة ١٩٣٧ (تشريعات موثريه)

لائحة التنظيم القضائى (قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧)	١٠٣
قانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧	١٠٥

(٢)

التشريعات المصرية

الخاصة بالطوائف غير الإسلامية

التشريعات التى تتعلق بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية	١٠٧
لائحة الأقباط الأرثوذكس	١٠٩
لائحة الطوائف الانجيلية والأرمن الكاثوليك	١١٥
وجوب تطبيق القضاء الملى للقاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولنير وارث	١٢٠
التكليف القانونى فى مسائل الأحوال الشخصية تتبع فيه المصلحة الإسلامية	١٢١
قاعدة الوصية فى الثلث ولنير وارث من قواعد دلائل وأحكام المصلحة الإسلامية	١٢٤

(٣)

الحالة الراهنة للقانون المصرى

فما يتعلق باختصاص القضاء الملى فى مسائل الوصية

الطوائف التى يختص قضاؤها الملى بالوصية	١٣٦
--	-----

صفحة

الطوائف التي لا يختص نفاذها للملي بالوصية ١٣٧
وجوب تطبيق قاعدة الوصية في الثلث ولنير وارث عند كل الطوائف ١٣٨

الباب الرابع

أحكام القضاء المصري

في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين

الانجاءات العامة للقضاء المصري ١٤٠

(١)

أحكام القضاء الأهلي

الدور الأول : اختصاص القضاء للملي اختياري ١٤١
الدور الثاني : اختصاص القضاء للملي إجباري ١٤٢
الدور الثالث : اختصاص للملي اختياري إلا فيما استثنى بنص خاص ١٤٤

(٢)

أحكام القضاء الشرعي

استعراض عام لأحكام القضاء الشرعي ١٤٩
الأحكام الخاصة بقضايا الوصية ١٥١

(٣)

أحكام القضاء المختلط

الدور الأول : اختصاص القضاء للملي اختياري ١٥٥
الدور الثاني : اختصاص القضاء للملي إجباري ١٥٦

صفحة

الدور الثالث : اختصاص القضاء الملى اختبارى فيما عدا استثناءات معينة ... ١٥٨
مناقشة الحكم الأخير الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مارس سنة ١٩٤٢ ١٦٠

(٤)

حكم محكمة النقض

الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤

الحكم قضاء لا فتوى ... ١٦٤

أولاً — الأسباب الرئيسية التى بنى عليها الحكم

نظام تركات الميسوين ... ١٦٥
ارتباط دعوى الإرث بدعوى الوصية ... ١٦٧
أحكام بيع المريض تقتضى إطلاق حكم الوصية على جميع المبرين ... ١٦٩
الوصية ليست من الأمور الدينية ... ١٧٤

ثانياً — الأسباب العرضية

أسباب متنوعة ... ١٧٨
السبب الراجع إلى التعميم المزعوم ... ١٧٨

الباب الخامس

شرط اتحاد الملة

فى اختصاص القضاء الملى

هو شرط ضرورى لا بد منه ... ١٨٤

(١)

التشريع والقضاء والفقہ

في وحب اتحاد الله

أولا - التشريع

النظم المايوني	١٨٥
التحريرات السامية	١٨٦
لائحة الأقباط الأرثوذكس	١٨٦
لائحة الانجيليين	١٨٧
لائحة الأرمن الكاثوليك	١٨٧

ثانياً - القضاء

القضاء الأهلي	١٨٨
القضاء الشرعي	١٩٣
القضاء المختلط	١٩٤

ثالثاً - الفقه

قده قانونه الرافعات والقانون السولى الخامس	١٩٨
الفقه في هذه المسألة بالذات	١٩٨

الرد على مذكرة الأستاذ صليب سامى باننا

في شأن اتحاد الله

اعتراضات خمسة	١٩٧
الاعتراض الأول : تعيين الاختصاص بمجاله المورث أو المحاي	٢٠٠

الاعتراض الثاني :	ترجيح الأحكام الموضوعية على الأحكام الإجرائية	٢٠٠
الاعتراض الثالث :	وجوب منع التعامل من وراء تغيير الملة	٢٠١
الاعتراض الرابع :	عدم ورود هذا الشرط في القوانين الصادرة بتشكيل المجالس المالية	٢٠٣
الاعتراض الخامس :	حكم القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧	٢٠٨

(٣)

المستوفى من الخصوم

في القضية للنظر

كون الخصوم مختلفي الملة مسألة موضوعية تثير فيها حكمة الموضوع	٢٠٩
كلمة ختامية	٢١٤

تمهيد

لا نقصد في هذه المذكرة تعقب أوجه الطعن التي قدمها الطاعنون في هذه القضية ، والرد عليها وجهًا ووجهًا . ولا تتولى بسط وقائع القضية . فقد أغنانا عن كل ذلك المذكرة الأولى التي قدمها المطعون ضده .

ولمّا يتمحض بحثنا للقانون ، فتفرغ لعلاج مسألة ذات خطر كبير ، هي وصية غير المسلم ، وخضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية ، سواء اختلفت ملة الخصوم أو اتحدت . فإن جميع أوجه الطعن تدور حول هذه المسألة .

وقد قدم الأستاذ الكبير صليب سامي باشا بحثًا لمستفيضًا في هذا الموضوع لا يجوز أن يبقى دون رد . فأثرنا في الرد عليه أن نحيط بالموضوع من نواحيه المختلفة ، على أن يأتي ردنا على مذكرته في المكان المناسب ، بعد أن يتسقى للبحث ما ينبغي أن يكون له من وحدة متماسكة وترتيب منطقي . فإن وقع تكرار ، فمئنا فيه حرصنا على أن يحمي البحث كاملاً مستوفي .

ولا نتذرع بالإطالة ، فإن الموضوع جد خطير . وقد قال القضاء الأمل كلته في وصية غير المسلم ، إذ أخضعها لأحكام الشريعة الإسلامية . وكانت كلمة صاحبها التوفيق ، واستقر عليها القضاء ، بل كانت هي التي وحدت القانون للمصريين جميعاً في مسألة خطيرة من مسائل الأحوال الشخصية .

والآن يطلب خصومنا إلى المحكمة العليا أن تميد النظر فيما سبق أن

قررت واعتبرته جزءاً جوهرياً من سياستها في القضاء ، فوجبت العناية بدراسة الموضوع حتى يستوفي حظه من البحث والتنقيب .

وقد حرصنا على إيراد الكثير من النصوص القانونية كاملة لما لها من قيمة تاريخية كبيرة . وعيننا بوجه خاص أن نحلل هذه النصوص في ناحتها القانونية أكثر من متابعتها في ناحتها التاريخية .

وعالجنا الموضوع في أبواب خمسة ، استعرضنا فيها :
(أولاً) أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية للزميين ،
وبخاصة في الوصية .

(ثانياً) التشريعات الثمانية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية .

(ثالثاً) التشريعات المصرية التي تنظم القضاء الملى .

(رابعاً) القضاء المصري في الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

(خامساً) شرط اتحاد الملة في اختصاص القضاء الملى .

الباب الأول

الباب الأول

أحكام الشريعة الإسلامية

في الأحوال الشخصية للذمين

وبخاصة في الوصية

١ - نعتقد هذا البحث لضرورته في تفهم ما انتهى إليه تطور التشريعات العثمانية والمصرية في هذه المسألة الهامة . ذلك أن هناك خطأ شائعاً بشأن التزام الذمين لأحكام الإسلام ، فيظن كثير من الكتاب أن الشريعة الإسلامية قانون شخصي ، فلا يطبق إلا على المسلمين . وأن الذمين في دار الإسلام قد تركوا وما يدينون ، لا في معتقداتهم الدينية وعباداتهم وحدها ، بل فيها وفي معاملاتهم المدنية .

وينهب الأستاذ الكبير صليب ساي باشا هذا المذهب ، فيصدر مذكرته بالعبارة الآتية : « الشريعة الإسلامية ، التي وصفت بالشريعة السمحاء حقاً ، تقضى في موضوعنا بأمرين : الأول - أن القاضى المسلم غير مختص بنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين - وبخاصة قضايا الموارث - إلا إذا تراضوا على قضائه ، وفي حالة تراضيه ، يفصل القاضى المسلم في قضايا غير المسلمين على مقتضى حكم الشريعة الإسلامية . الثانى - عند عدم التراضى يفصل في قضايا غير المسلمين قاضيهن الملى ، ويحكم بينهم على مقتضى حكم

دينهم». ثم يقول الأستاذ صليب باشا بعد ذلك: «وجميع فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم متفقون على ذلك. فلنا في حاجة إلى الاستشهاد بمراجع الفقه المطولة».

والواقع من الأمر أن فقهاء الشريعة الإسلامية أبعد ما يكونون عن الإتفاق على هذا الأمر، بل هم يكادون يكونون متفقين على العكس. ونحن في أشد الحاجة للرجوع إلى مراجع الفقه المطولة حتى نصحح هذا الخطأ الشائع، الذي وقع فيه حتى صاحب كتّاب مرشد الحيران، ونقل عنه كتاب من الأجانب لم تواتهم الفرصة فيدرسوا الفقه الإسلامي دراسة أعمق. فرى الأستاذ دى روزاس يقول في مؤلفه «نظام الامتيازات في الإمبراطورية العثمانية». باريس سنة ١٩١١ جزء أول ص ١٩، «عن الشريعة الإسلامية»: «أن هذا القانون الديني هو بالضرورة قانون شخصي، وقد وضع للمسلمين، وللمسلمين وحدهم».

ويدعم بعض الكتاب هذا المذهب الخطأ بنظرة خاطئة مثله. فيقولون أن الإسلام، إذ ضمن حرية الدين للذمين فتركهم وما يدينون، جاوز الدين إلى المعاملات المدنية، فترك الذمين إلى قضائهم الديني يترافعون إليه في جميع هذه المعاملات، ولا يختص القضاء الأسلامي بأقضيتهم إلا إذا تراضوا هم على ذلك (انظر إرمانجون في مؤلفه «الأجانب والمحيمون في الإمبراطورية العثمانية» باريس سنة ١٩٠٣ جزء أول ص ٩ - ص ١١ - لامبا، «تطور الحالة القانونية للأوروبيين في مصر باريس سنة ١٨٩٦ ص ٨ - ص ٩).

وتابع الكتاب الأجانب بعض الكتاب المصريين في هذا الخطأ:

(انظر عمر لطفى فى الامتيازات - القاهرة سنة ١٣٢٢ ص ١٣ وما بعدها -
سينوزستريس فى البطرثكانات - باريس سنة ١٩٠٦ ص ٢٧١ - بهى الدين
بركان فى الامتيازات والإعفاءات التى يتمتع بها الأجانب فى مصر . - باريس
سنة ١٩١٣ ص ٨٠٢).

هذا النظر الخاطى هو الذى تقضى الضرورة علينا بتصحيحه فى هذه
المذكرة لخطورته ولأهميته الكبرى فى هذه القضية . فإن هذا التصحيح
يتوقف عليه ، كما قدمنا ، تفهم النظم القانونية التى أعقبت تطبيق الفقه
الإسلامى فى الدولة العثمانية فهماً صحيحاً ، فتبين مداها ، والنرض الذى توخاه
واضعوها من سنها ، لما لذلك من تأثير كبير فى النظم القانونية التى وضعت
بعد ذلك للطوائف غير الإسلامية فى مصر .

٢ - الإسلام دين ودولة . هذه حقيقة تنيب عن بعض الباحثين ،
فيمتقدون أن الإسلام ليس إلهياً منزلاً . ويدفعهم إلى هذا الخطأ تقريب
خاطى ما بين الإسلام والمسيحية . فالمسيحية أعطت ما لله لله ، وما لقيصر
لقيصر ، ويظنون أن الإسلام كالمسيحية فى ذلك . ولكن الإسلام يختلف
عن المسيحية اختلافاً جوهرياً ، فقد جمع ما لله وما لقيصر ، وخص المسلمين
بما لله ، وجعل ما لقيصر عاماً واجب التطبيق على الكافة ، مسلمين
وغير مسلمين .

وفقهاء المسلمين يميزون ، حتى بالنسبة للمسلمين أنفسهم ، بين ما هو
واجب ديانة وما هو واجب قضاء . فالكف عن البيع وقت صلاة الجمعة
واجب ديانة لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة ،

فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » . ولكن إذا انعقد البيع صحيحاً وقت صلاة الجمعة ، فهو بيع تام ملازم للمعاقدین قضاء ، ولا يجوز الطعن فيه بالبطلان .

والأصل في أحكام الشريعة أنها خطاب لجميع الناس ، مسلمين وغير مسلمين . فهي إذن أحكام إقليمية ، إذ هي واجبة التطبيق في دار الإسلام على جميع المقيمين فيها من مسلمين وذميين ، بل إن أعظم المذاهب الإسلامية شأنًا وأوسعها انتشاراً - وهو مذهب الحنفية - يطبق أحكام الشريعة الإسلامية في دار الإسلام حتى على المستأمنين .

والواجب التطبيق من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المقيمين في دار الإسلام هي كل أحكام المعاملات ، لا فرق في ذلك بين أحوال عينية وأحوال شخصية . فإن هذا التفريق لا يعرفه الفقه الإسلامي ، وهو دخيل عليه ، استحدثه الكتاب في هذا العصر متأثرين في ذلك بالنظم الأوروبية التي دخلت مصر حديثاً . فأحكام المعاملات جميعاً ، سواء ما تعلق منها بالمال والمقود ، وما تعلق بالمواريث والوصايا ، وما تعلق بالأهلية والحجر ، وما تعلق بالأنكحة والنفقات ، يجب تطبيقها - عدا استثناءات طفيفة سيأتى ذكرها - على كل المقيمين في دار الإسلام من مسلمين وغير مسلمين . بل كان الواجب تطبيقها في دار الحرب لولا التذمر لعدم الولاية .

ولا نلحق القول على عواهنه . بل نستقي من أمهات المصادر الإسلامية ، ونرجع فيه إلى مطولات كتب الفقه والأصول الصحيحة المتمدنة .

فهذه مذاهب الحنفية والشافعية والحنابلة مجمعة على أن أهل التمة مخاطبون بأحكام الإسلام في غير العقائد والمبادئ . فيلتزمون أحكام المعاملات ، و يترافعون إلى القضاء الإسلامى فيها إجبارا . وهو قضاء ملزم لهم . وفي مسائل قليلة — هى الزواج ونفى المهر وتقوم الحجر والخنزير — تتصل بالعقيدة والدين ، يتركون وما يدينون . ولكن ، حتى فى هذه المسائل ، يترافعون إلى القضاء الإسلامى فيحكم بينهم بأحكام دينهم ، ألا إذا تراضوا جميعا على التحاكم إلى أهل ملتهم ، وهذا محكم مباح للمسلمين وغير المسلمين .

ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا مالك . فقد قال أن أحكام الإسلام وقضاءه اختياري لغير المسلمين ، يترافعون إليه إذا تراضوا عليه ، كما جاء فى المدونة الكبرى ، وسنناقش هذا فى موضعه .

٣ — وننتقل الآن إلى ما اعتمدنا عليه من النصوص فى تقرير ما قدمناه .

جاء فى أمهات كتب الأصول أن غير المسلمين مخاطبون بالمعاملات وبالمشروع من العقوبات . فمن ذلك ما جاء فى كشف الأسرار (جزء ٤ ص ١٣٦٢ — ص ١٣٦٣) : « من كان أهلا لحكم الوجوب ، وهو المطالبة بالأداء ، كان أهلا لنفس الوجوب . ولهذا كان 'الذى' أهلا ، سواء لأحكام لا يراد بها وجه الله تعالى ، مثل المعاملات والعقوبات من الحدود والقصاص ، لأنه أهل لأدائها ، إذ المطلوب من المعاملات مصالح الدنيا » وجاء فى الأحكام فى أصول الأحكام لابن حزم (مطبعة الخانجي سنة ١٣٤٧ هـ جزء ٥ ص ١٠٨ — ص ١٠٩) فى هذا الصدد ما يأتى : « ... وقال عمر وجل : الذين يتبعون

الرسول النبي الأُمي الذي يجدونه مكتوبا عندهم في التوراة والإنجيل ، يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ، ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ... وقال : وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا . وأمره تعالى أن يقول : يا أيها الناس أتني رسول الله إليكم جميعا . هو نص جلي على لزوم شرائع الإسلام كلها 'للزمين' كلزومها للمؤمنين ، إلا أن منها ما لا يقبل منهم إلا بعد الإسلام ، كالصلاة والصيام والحج ... وقال تعالى : وأن أحكم بينهم بما أنزل الله . وروينا عن ابن عباس بسند جيد أن هذه الآية ناسخة لقوله تعالى : فاحكم بينهم أو أعرض عنهم . وإذ قد صح كل هذا بيقين ، فواجب أن يحدوا على الحمر والزنا ويلزمون من الأحكام كلها - في النكاح والميراث والبيوع والحدود كلها وسائر الأحكام - مثل ما يلزم المسلمين ولا فرق . ولا يجوز غير هذا) . ثم قسم ابن حزم بعد ذلك الشريعة إلى أقسام مختلفة فقال : (وأما وقت لزوم الشريعة فإنها تنقسم قسمين : شريعة تعتقد ويلفظ بها ، وشريعة تعمل . وتنقسم هذه الشريعة قسمين : قسم في المال وقسم على الأبدان . فأما شريعة الأموال فهي لازمة لكل صغير وكبير وجاهل بها وعارف ومجنون وعاقل ، لدلائل من النص وردت على العموم في الزكاة والإجماع على وجوب النفقات عليهم . وأما شرائع الأبدان والاعتقاد فإنها يجب بوجهين : أحدهما البلوغ مبلغ الرجال والنساء ، وهو البلوغ المخرج عن حد الصبا ، والثاني بلوغ الشريعة إلى المرء . وأما الحدود فإنها تلزم من عرف أن الذي فعل حرام ، وسواء علم أن فيه حدا أم لا ،

وهذا ما لا خلاف فيه . وأما من لم يعرف أن ما عمل حرام فلا حد عليه فيه «
(جزء ٥ ص ١١٧) . أنظر أيضا شرح المنار وحواشيه ص ٢٥٤ - التوضيح
والتلويح ص ٤٠٤ .

وهذا الذي نراه في كتب الأصول نقرأه في كتب الفروع جليا واضحا .
قال صاحب البدائع (جزء ٢ ص ٣١١) ، وهو يعرض للأصل في الشريعة
الإسلامية ، فيقول أن هذا الأصل « هو الموم في حق الناس كافة ، إلا أنه
تعدر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية ، وأمكن في دار الإسلام فلزم
التنفيذ فيها » . وجاء في المبسوط (جزء ٥ ص ٢٨) : « إن النبي صلى الله عليه
وسلم قال بثت إلى الأحمر والأسود ، وخطاب الواحد خطاب الجماعة » .
وجاء في ابن عابدين (جزء ٣ ص ٢٩٩) : « لهم مالنا من الأنصاف ، وعليهم
مأعلينا من الاتصاف . فخرجت المبادات إذ 'التميون' لا يخاطبون بها عندنا »
وجاء في الأشباه والنظائر (ص ١٧٨ - ص ١٧٩) : « أحكام الذي :
حكمه حكم المسلمين إلا أنه لا يؤمر بالمبادات » .

وليس هذا هو قول الحنفية وحدهم ، بل هو أيضا القول الراجح عند
الشافعية والحنابلة . كما دل عليه ما قلناه عن ابن حزم . وكما يدل عليه ما نقله
الآن عن المنى لابن قدامة (مطبعة المنار سنة ١٣٤٧ جزء ٦ ص ١٩٨ -
ص ٢٠٠) : « وإذا تحاكم إلينا أهل النمة حكمنا عليهم بحكم الله تعالى علينا .
وجملة ذلك أنه إذا تحاكم إلينا أهل النمة أو استمدى بعضهم على بعض ،
فالحاكم بخير بين أحضارهم والحكم بينهم وبين تركهم ، سواء كانوا من أهل

دين واحد أو من أهل أديان . هذا المنصوص عن أحمد وهو قول النخعي وأحد قولى الشافعى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى إنه يجب الحكم بينهم وهذا القول الثانى للشافعى واختيار المزنى ، لقول الله تعالى (وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) ، ولأنه يلزم دفع من قصد واحدا منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين ... فانه إذا حكم بينهم لم يميز له الحكم إلا بحكم الإسلام ... ومن امتنع منهما أجبره على قبول حكمه وأخذ به لأنه إنما دخل فى العهد بشرط التزام أحكام الإسلام ... »
ويتبين مما قلناه عن المتن أمران :

(١) أن الشافعى وأحمد لا يشترطان ترفع التميمين إلى القضاء الإسلامى ، بل يكفي استعداء بعضهم على بعض . ويقولان فى رواية أن الحاكم خير بين أحضارهم والحكم بينهم وبين تركهم . ويقولان فى رواية أخرى بل يجب الحكم بينهم . ومن امتنع من الخصمين ، فى الروايتين ، أجبره الحاكم على قبول حكمه وأخذ به . والرواية الثانية تنفق مع مذهب الحنفية اتفاقا تاما .
(٢) إن تحليل أخذ التميمين بأحكام الإسلام أنهم دخلوا فى العهد على هذا الشرط . أى أن عقد التمة هو الذى يلزمهم هذه الأحكام . وسنرى فيما يلى مبلغ هذا التحليل من الصحة .

وعقد التمة هذا هو ما يسميه الفقهاء بالأمان المؤبد . وله أحكام منها عصمة النفس وعصمة المال . وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال : إنما قبلوا عقد التمة لتكبون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا (البدائع جزء ٧

ص ١١١). ويترك أهل الذمة في أمصار المسلمين يبيعون ويشترون ، لأن عقد الذمة شرع ليكون وسيلة إلى الإسلام ، وتمكينهم من المقام في أمصار المسلمين أبلغ إلى هذا المقصود . وفيه أيضا منفعة المسلمين بالبيع والشراء فيمكنون من ذلك (البدائع جزء ٧ ص ١١٣) .

وليستخلص بما تقدم عن عقد الذمة أن المقصود بهذا العقد تمكين النعميين من المقام في أمصار المسلمين رجاء أسلامهم ، وتنظييا للصلات التجارية بينهم وبين المسلمين . ولا يصح نقض هذا العهد من جانب المسلمين ، بل يجب به الحماية للذميين في أموالهم ودمائهم ، والرعاية لمصالحهم ، والرفق بهم ، والتفقد لهم ، حتى لا يظلموا ولا يؤذوا ولا يكلفوا فوق طاقتهم . فهو عهد يرتب للذميين حقوقا في مقابل جزية يدفعونها . ونرى جانب الحقوق هذا هو الذي يؤكد الفقهاء ، فيقول أبو يوسف في كتاب الخراج (المطبعة السلفية — القاهرة سنة ١٣٤٦ هـ ص ١٤٩) مخاطبا الخليفة هرون الرشيد : « وقد ينبغي يا أمير المؤمنين أيدك الله أن تتقدم في الرفق بأهل ذمة نبيك ، وابن عمك محمد صلى الله عليه وسلم ، والتفقد لهم حتى لا يظلموا ، ولا يؤذوا ولا يكلفوا فوق طاقتهم ، ولا يؤخذ شيء من أموالهم إلا بحق يجب عليهم . فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : من ظلم مصادرا أو كلفه فوق طاقته فأنا حسيبه ، وكان فيما تكلم به عمر بن الخطاب رضى الله عنه عند وفاته : « أوصى الخليفة من بعدى بذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوفى لهم بمهدم ، وأن يقاتل من ورائهم ، ولا يكلفوا فوق طاقتهم » .

فمقد الذمة إذن يؤكد جانب حقوق النعميين . إما التزامهم أحكام

الإسلام فلا يأتي من عقد النمة ، بل يأتي من عموم ولاية المسلمين في دار الإسلام . فـالمسلمين ولاية عامة في دارهم تجعل أحكام الإسلام ملزمة لكل من يقيم فيها . لذلك لا تفرق الحنفية بين الذمي والمستأمن من حيث التزامهما أحكام المعاملات والعقوبات ، وقد ورد في كتاب الخراج لأبي يوسف (ص ٢٢٤ — ص ٢٢٥) في هذا الصدد ما يأتي : « ولا ينبغي أن يبايع الرسول ولا الداخل معه بأمان بشيء من الحر والخنزير ولا بالربا وما أشبه ذلك ، لأن حكمه حكم الإسلام وأهله ، ولا يحل أن يبايع في دار الإسلام ما حرم الله تعالى ، ولو أن هذا الداخل إلينا بأمان أو الرسول زنى أو سرق ، فإن بعض فقهاءنا قال لا أقيم عليه الحد ، فإن كان استهلك المتاع في السرقة ضمنته ، وقال إنه لم يدخل إلينا ليكون ذمياً تجرى عليه أحكامنا ، قال ولو قذف رجلاً حددته ، وكذلك لو شتم رجلاً عززته ، لأن هذا حق من حقوق الناس ، وقال بعضهم أن سرق قطعته وأن زنى حددته ، وكان أحسن ما سمعنا في ذلك والله أعلم أن نأخذه بالحدود كماها حتى تقام عليه ... وأن أقام هذا المستأمن فأطال المقام أمر بالخروج ، فإن أقام بعد ذلك حولا ، وضعت عليه الجزية » ، وقد بلغ من تمسك الحنفية بانقياد المستأمن لأحكام الإسلام في المعاملات أن قالوا : « لا يجوز للإمام أن يوادع أهل دار الحرب إذا اشتروا ألا يتقادوا لأحكام الإسلام فيما يتعلق بالمعاملات » (المبسوط جزء ١٠ ص ٨٥ ص ٨٦) . ولم يشذ عن إجماع الفقهاء في وجوب التزام التميمين أحكام الإسلام إلا مالك فيما نقل عنه في المدونة الكبرى ، ولم يستطع الأستاذ الكبير

صليب ساي باشا أن يورد في مذكرته في هذا المعنى إلا قول مالك هذا الذي يشذ به عن الأجماع . على أن ما ورد في المدونة من هذا القول لا يفيد أكثر من أن أهل القمة ، إذا كانوا من ملة واحدة ، وأرادوا أن يقسم ميراثهم على حكم دينهم ، فإنهم يتركون إلى ما أرادوا . ثبت ذلك تنمة ما جاء في المدونة الكبرى في هذا الصدد ، وهذا هو : « ... أن ناساً من المسلمين ونصارى من أهل الشام جاءوا عمر بن عبد العزيز في ميراث بينهم ، فقسم بينهم على فرائض الإسلام ، وكتب إلى عامل بلادهم ؛ إذا جاءوك فاقسم بينهم على فرائض الإسلام ، فإن أبوا فردهم إلى أهل دينهم (المدونة الكبرى جزء ٨ ص ٩٨) . أما إذا اختلفت ذمة المليون فلا توارث بينهم ، فقد جاء في المدونة الكبرى (جزء ٨ ص ٩٧) حديث عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ، ولا يتوارث أهل ملتين شيئاً » . على أنه جاء في المدونة الكبرى نفسها رأى يمارض رأى مالك ، وينهب إلى أن التركة إذا أدركها الإسلام ، وجبت قسمتها على حكم الإسلام ، وهذا ما ورد في المدونة (جزء ٨ ص ٩٩) :

« قال قتيب لمالك فإن مات نصراني وزمته نصاري ، فأسلموا قبل أن يقسم ماله علام يقتسمون ، أعلى وراثة الإسلام أم على وراثة النصارى التي وجبت لهم يوم مات صاحبهم ، وإنما سألنا مالكاً للحديث الذي جاء : أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية . وأيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام . (قال مالك) وإنما هذا الحديث لغير أهل الكتاب من

المجوس والزنح وغير ذلك ، وأما النصارى فهم على موارثهم ، ولا ينقل الإسلام موارثهم التي كانوا عليها . (قال سحنون) قال ابن نافع وغيره من كبراء المدينة هذا ' للذمين ' كلهم ، أهل الكتاب وغيرهم . (قال ابن شهاب) بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما كان من ميراث قسم في الجاهلية فهو على قسم الجاهلية ، وما كان من ميراث أدركه الإسلام ولم يقسم فهو على قسم الإسلام .

فأنت ترى أن سحنون - راوى للدونة - أورد رأيا لابن نافع وغيره من كبراء أهل المدينة يمارض به رأى مالك ، وأصحاب هذا رأى المعارض يعتمدون على حديث للنبي عليه السلام يحمل كل ميراث أدركه الإسلام ولم يقسم ، فهو على قسم الإسلام ، أى أن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسرى عليه . ولا يمنع من سريان هذه الأحكام إلا احترام الحقوق المكتسبة ، بأن يكون الميراث قد تم قسمه في الجاهلية ، فيبقى على قسم الجاهلية . ويسرى هذا الحكم على جميع الذميين ، سواء كانوا من أهل الكتاب أو من غيرهم ، كما قال أبو نافع وغيره من كبراء أهل المدينة ، ومالك نفسه يطبق هذا الحكم على الذميين من غير أهل الكتاب .

يخلص إذن مما قدمناه أن الذميين يلزمون أحكام الإسلام في عقوباتهم . وفي معاملاتهم ، بما في ذلك أحوالهم الشخصية . ولا يشترط تراضهم على ذلك ، بل تكفى مرافعة أحد الخصمين ، ويكفى علم القاضى وشهادة الحسبة فيما لا يحتاج للمرافعة . ويلخص المرحوم الشيخ بجيت في كتابه « إرشاد

الأمة» (ص ١٩) ذلك فيقول : « والحاصل أنه لا خلاف بين أئمتنا فيما لا يقرن عليه من الأحكام ، وأنهم في ذلك كالمسلمين ، لا يشترط مرافعة الخصمين ورضاهما بأحكامنا في ذلك . بل يكفي مرافعة أحدهما فيما يلزم فيه الدعوى ولا يقرن عليه . ويكفي علم القاضى وشهادة الحسبة فيما لا يحتاج للمرافعة من حقوق الله كالحدود ما عدا حد الشراب » .

وفي ذكر ما لا يقرن عليه من الأحكام إشارة إلى بعض مسائل استثنائية يقر النميون فيها على أحكام دينهم ولا يلتزمون أحكام الإسلام ، وهذه هي الأنكحة وتقويم الحر والخنزير . وفيما عدا هاتين المسألتين يستوى النميون مع المسلمين في وجوب إجراء أحكام الإسلام . وفي هذا يقول المرحوم الشيخ بحجت (إرشاد الأمة ص ٢٩ - ص ٣٠) : « فيما عدا الأنكحة ونقى المهر وتمليك الخنزير والحر وتملكهما ، يسوى الكفار والمسلمون قاطبة في الأحكام ، ويجب إجراء أحكام الإسلام كما وجب على المسلمين ، إلا أهل دار الحرب لا تقطاع الولاية عليهم » .

ويتبين من ذلك أن الأحوال الشخصية للزميين تطبق فيها جميعاً أحكام الشريعة الإسلامية ، فيما عدا الأنكحة ، فيتركون فيها وما يدينون . على أننا سنرى أنه حتى في الأنكحة يختلف الفقهاء في كثير من مسائلها التفصيلية . ومهما يكن من أمر ، فإن ترك النميون وما يدينون في الأنكحة ، بما فيه من خلاف ، ليس معناه أن تخرج الأنكحة من ولاية القضاء الإسلامى . بل يختص هذا القضاء بالنظر فيها ، ولكن يحكم بدينهم على اعتبار أن الحكم

بدينهم هو ذاته حكم من أحكام الإسلام، كما جاء في البدائع (جزء ٢ ص ٣١١)
رداً على زفر « وقوله أنهم باللمة التزموا أحكام الإسلام فتم، لكن جواز
أنكحتهم بغير شهود من أحكام الإسلام ». وهذا يماثل ما هو معروف في
قواعد القانون الدولي الخاص من أن القاضى إذا طبق هذه القواعد فإنما
هو يطبق قانون بلده، لأنها جزء من هذا القانون. (انظر في هذا المعنى
رسالة قيمة للدكتور حسن بغدادى فى التمييز ما بين الأحوال الشخصية
والأحوال العينية، فى الترجمة العربية ص ١٤٤ - ص ١٤٥. وسنعود إلى
هذه الرسالة فى مواضع أخرى).

ولا ترتفع ولاية القضاء الإسلامى عند النعمين، حتى فى الأنكحة،
ما دام أحد الخصمين استمدى هذا القضاء على خصمه. أما إذا تراضوا جميعاً
على قضاء دينهم، فهذا هو التحكيم. وهو جازر للنعمين جوازه للمسلمين.
ولا يعتبر هذا قضاء بل تحكيمياً، كما قدمنا.

والأصل فى ذلك أن القضاء بمعناه الصحيح لا يليه فى الشرع إلا المسلم.
فلا يجوز تقليد الذمى القضاء حتى على ذمى مثله. وإذا حكم الذمى فى أقضية
النعمين، فإنما يكون هذا تحكيمياً. فهو تقليد زعامة ورئاسة، وليس بتقليد
حكم وقضاء. ويلزم النعمين حكمه لالتزامهم له لا للزومه لهم. وفى هذا يقول
المواردى فى الأحكام السلطانية (المطبعة المحمودية ص ٦٢) وهو يمدد شروط
القاضى، « والشرط الرابع الإسلام، لكونه شرطاً فى جواز الشهادة مع
قول الله سبحانه: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً، ولا يجوز أن

يقلد الكافر القضاء على المسلمين ولا على الكفار. وقال أبو حنيفة يجوز تقليده
القضاء بين أهل دينه. وهذا وإن كان عرف الولاية بتقليده جاريا، فهو تقليد
زعامة ورياسة وليس بتقليد حكم وقضاء. وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له،
للا لزومه لهم. ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم. وإذا امتنعوا من
تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم أئذا.

٤ - هذه هي أحكام الشريعة الإسلامية، استقيناها من مصادرها
الصحيحة المعتمد عليها، ويتبين منها بجلاء أن النعمين يلتزمون أحكام الإسلام
في أحوالهم الشخصية، ويخضعون لاختصاص القضاء الإسلامي في
هذه المسائل.

ويبقى الآن أن نورد بعض التطبيقات الفرعية على هذه الأصول
الكلية. ونختار مسألتين:

الأولى: أنكحة النعمين لتبين ما ورد فيها من خلاف بين الأئمة.

والثانية: وصايا النعمين إذ هي موضوع قضيتنا بالذات.

٥ - فبقيا يتعلق بأنكحة النعمين جاء في المبسوط (جزء ٥ ص ٤٠):

« إن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل النعمة لأنهم
يقتدون جوازهم، ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضا... فأما ما لا يجوز بين
المسلمين فهو أنواع: منها النكاح بنير شهود، فإنه جائز بين أهل النعمة
يقرون عليه إذا أسلموا عندنا، وقال زفر رحمه الله تعالى لا يتعرض لهم في ذلك

إلا أن أسلموا أو ترافعوا إلينا فحينئذ يفرق القاضي بينهم ... فأما إذا تزوج ذمية في عدة ذى جاز النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يفرق بينهما وإن أسلما أو ترافعا ، وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى يفرق لأن النكاح في العدة يجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا في حقهم أيضا ، ولكن لا يترخص لهم لمكان عقد النمة ، فإذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الإسلام كما في نكاح المحارم ... فأما إذا تزوج ذات رحم محرمة من أم أو بنت أو أخت ، فإنه لا يترخص له في ذلك وأن علمه القاضي ما لم يترافعوا إليه ، الا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر . ذكر في كتاب الطلاق أنه يفرق بينهما إذا علم بذلك .

ويتبين مما نقلناه عن المبسوط أن الفقهاء غير مجمعين على ترك النميمين وما يدينون في أحكام الزواج نفسه ، فقد استعرض صاحب المبسوط أمثلة ثلاثة تدرج في خطرهما : زواج النميمين بنير شهود ، وزواجهم في العدة ، وزواجهم بالمحارم . فأما الزواج بنير شهود فهو أهون الحالات الثلاث ، ولذلك أجمع أبو حنيفة وصاحبا على ترك النميمين وما يدينون في ذلك حتى لو أسلموا أو ترافعوا ، وخالف زفر وذهب إلى تطبيق أحكام الشرع عند الإسلام أو الترافع . وأما الزواج في العدة ، وهو درجة وسطى ، فقد اختلف فيه أبو حنيفة مع صاحبيه ، فأبو حنيفة ثبت على رأيه الأول من ترك النميمين وما يدينون في ذلك حتى لو أسلموا أو ترافعوا ، أما الصاحبان فذهبوا إلى ترك النميمين وما يدينون الا عند الإسلام أو الترافع . وأما الزواج بالمحارم ، وهو أشد الحالات الثلاث ، فقد اتفق أبو حنيفة وصاحبا على ترك النميمين

وما يدينون في ذلك إلا عند الإسلام أو الترافع ، وفي قول آخر لأبي يوسف أن القاضي يفرق ما بين الزوجين إذا علم .

وجاء في المغني لابن قدامة (جزء ٦ ص ٥٦١ - ص ٥٦٣) : « وأنكحة 'الذمين' تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاباحة للزوج الأول والأحصان وغير ذلك ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله . ألا إنهم يقرون على الأنكحة المحرمة بشرطين ، أحدهما ألا يترافعا إلينا ، والثاني أن يستقدوا اباحة ذلك في دينهم » . والمغني من كتب الحنابلة ، وهو لا يفصل كما تفصل الحنفية (أنظر أيضا في تفصيل الحنفية البدائع جزء ٢ ص ٣١٠ - ص ٣١٢) .

والأنكحة وحدها هي التي يرد فيها هذا الخلاف كما قدمنا أما سائر المسائل في الأحوال الشخصية فلا خلاف فيها ، والاجماع منعقد على التزام الذمين لأحكام الإسلام وقضائه .

٦ - وننتقل الآن إلى الوصية بالذات ، وهي موضوع قضيتنا ، لنرى ماذا تقول الفقهاء في وصية غير المسلم ، وهل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية . قال قاضي زادة في تكملة فتح القدير (جزء ٨ ص ٤٨٨) في وصية الذمي : « ولو أوصى النبي بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتباره بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات » . وقال الكاساني في البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٥) في وصية المستأمن : « أن كان دخل

وارثه معه في دار الإسلام ، وأوصى بأكثر من الثلث ، وقف ما زاد على الثلث على أجازة وارثه ، لانه بالدخول مستأمننا التزم أحكام الإسلام ... ومن أحكام الإسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على أجازة الورثة . وإن لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما في المسلم والذمي . وكذلك إذا كان له وارث ولكنه في دار الحرب لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة ، وحقهم غير معصوم . وقال السرخسي في المبسوط (جزء ٢٨ ص ٩٣ - ص ٩٤) : « ولا تجوز وصية الذمي بأكثر من الثلث ، لأن أهل الذمة التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات . فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا تجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته ، فكذلك لا تجوز من الذمي » . وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة المقدسي (جزء ٦ ص ٤٦٧) : « وحكم وصية الذمي حكم وصية المسلم فيما ذكرنا » .

فهذه كلها نصوص صريحة تتضافر على أن وصية غير المسلم ، من ذمي ومستأمن ، تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا تجوز إلا في الثلث ولنير وارث .

بقي أن نبين حكم الشريعة في الوصية بما هو قرينة عند النمين وليس قرينة عند المسلمين ، كالوصية للكنائس والبيع والأديرة . فهذه تجوز عند أبي حنيفة ، ولا تجوز عند الصاحبين . والأولى بالاتباع في هذه المسألة هو قول أبي حنيفة رعاية لحرية العقيدة . وننقل بعض ما ورد من النصوص في هذا الموضوع :

جاء في المبسوط (جزء ٢٨ ص ٩٤) : « وصايا أهل النمة على ثلاثة أوجه . منها أن يوصى بما هو قرية عندنا وعندهم كالوصية بالصدقة والعتق والاسراج في البيت المقدس ، فهذا يجب تنفيذه من ثلثه بالاتفاق كما يجب تنفيذه إذا كان الموصى مسلماً فإنهم يتقربون إلى الله تعالى بذلك ... ووجه منها أن يوصى بما هو قرية عندنا معصية عندهم كالوصية بالحج والغزو إلى الروم إذا كان الموصى منهم ، فهذه الوصية تبطل لأنه لا يعتقد القرية فيه وإنما أمرنا أن نبنى الأحكام على ما يستقدون ... ووجه منها أن يوصى بما هو قرية عندهم معصية عندنا ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة الوجه الأول يجب تنفيذها ، وعندها بمنزلة الوجه الثاني لأنه ليس في هذه الوصية معنى القرية حتى يقال إنها وقعت لله تعالى » . وجاء في البدائع (جزء ٧ ص ٣٤١) : « ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة أو الكنيسة أن يتفق عليها في إصلاحها ، أو أوصى لبيت النار ، أو أوصى بأن يذبح لعديم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة ، جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وعندها لا يجوز . وجملة الكلام في وصايا أهل النمة أنها لا تخلو إما أن كان الموصى به أمراً هو قرية عندنا وعندهم ، أو كان أمراً هو قرية عندنا لا عندهم ، وأما أن كان أمراً هو قرية عندهم لا عندنا . فإن كان الموصى به شيئاً هو قرية عندنا وعندهم بأن أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل النمة أو يعتق الرقاب أو يعمارة المسجد الأقصى ونحو ذلك ، جاز في قولهم جميعاً لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل النمة . وإن كان شيئاً هو قرية عندنا وليس

بقربة عندهم بأن يحج عنه أو أوصى أن يبنى مسجد للمسلمين ولم يبين ،
لا يجوز في قولهم جميعاً لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئاً في
وصيته والوصية يطلها الهزل . وإن كان شيئاً هو قربة عندهم لا عندنا بأن
أوصى بأرض له ببنى يمة أو كنيسة أو بيت ناراً أو بعمارة البيعة أو الكنيسة
أو بيت النار أو بالذبح لميدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة ، فهو على
الاختلاف الذي ذكرنا ، أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز . وجه قولهما
أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو ممصية والوصية بالمعاصي لا تصح . وجه
قول أبي حنيفة رحمه الله أن المتبر في وصيتهم ما هو قربة عندهم لا ما هو
قربة حقيقة لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقية ، ولهذا لو أوصى بما هو
قربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته كاللحج وبناء المسجد للمسلمين ،
فدل أن المتبر ما هو قربة عندهم وقد وجد ، ولكننا أمرنا ألا نتعرض لهم
فيما يدينون كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الحرم والخزير فيما بينهم .
ويخلص من ذلك أن الصاحبين لا تجوز عندهما وصية الذي إلا في أمر
هو قربة عند الذميين والمسلمين معاً . أما أبو حنيفة فتجوز عنده وصية الذي في
أمر هو قربة عند الذميين ، سواء أكان قربة عند المسلمين أم لم يكن . ورأى
أبي حنيفة هو الأولي بالاتباع كما قدمنا . وتبين من هذا الرأي أن الناحية التي
يترك فيها الذميون وما يدينون في مسائل الوصايا هي الوصية بما هو قربة عند
الذميين دون المسلمين لأنها مسألة عقيدة ودين . أما الوصية بالثلث وغير
وارث ، فهي مسألة تعامل ومال يجري عليها حكم الإسلام كما يجري على
وصايا المسلمين .

الباب الثاني

الباب الثاني

التشريعات العثمانية

الخاصة بالطوائف غير الإسلامية

(١)

منه الفتح العثماني الى الخط الرهايونى

٧ - تبين مما تقدم أن الشريعة الإسلامية تقضى بأن يلتزم الذميون أحكام الاسلام في أحوالهم الشخصية ، فيما عدا الأنكحة على خلاف في التفاصيل ، وأن القضاء الإسلامى مختص اختصاصاً إجبارياً بالنظر في أفضية النمين ، سواء تراضى الخصوم أو لم يتراضوا على الترافع إلى هذا القضاء . فإذا ترفع أحد النمين إلى القضاء الاسلامى ، حتى في مسائل الأنكحة نفسها ، أصبح هذا القضاء مختصاً ، وطبق القاضى في الخصومة أحكام الشريعة الاسلامية ، إلا في الأنكحة فيقضى بينهم بما يدينون .

أما في الموارث والوصية ، فلا نزاع في أن القضاء الإسلامى هو المختص بأفضيتها ، تراضى الخصوم أو لم يتراضوا ، وأنه يجرى فيها أحكام الشريعة الإسلامية بلا استثناء ، فلا يميز الوصية لوارث ، ولا فيما يخرج من الثلث إلا بإجازة الورثة .

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية الذي لا جدال فيه . وبقي هذا الحكم هو المعمول به في جميع الأقطار الإسلامية ، بما في ذلك مصر ، حتى قامت الدولة العثمانية ، ودخل محمد الفاتح القسطنطينية . فرأى من جهة أن مبدأ شخصية القوانين منتشر في أوروبا ، ورأى من جهة أخرى قضاء الكنيسة باسطاً ظله على المسيحيين يتقاضون أمامه منذ المصور الوسطى . وكان لديه من الاعتبارات السياسية ما يدفعه إلى إقرار هذه الحالة ، فقد كان يخشى ، ورعاياه الجدد كلهم من الروم ، أن يصددهم في تقاليدهم القضائية ومعتقداتهم الدينية ، فتضم كنيستهم الشرقية في القسطنطينية إلى الكنيسة النورية في روما ، وينفض ما كان بين الكنيستين من نزاع متأصل . فرأى أنه يحتضن رعاياه المسيحيين في الشرق ويتحالف بذلك مع الكنيسة الشرقية ضد الكنيسة النورية . فأقر بطرق الروم على ما كان له من سلطات قضائية على أتباعه من الروم في جميع المسائل المدنية والجنائية . ثم فعل مثل ذلك مع بطرق الأرمن وربان اليهود .

لم يكن هذا الذي فعله محمد الفاتح متفقاً في شيء مع الشريعة الإسلامية ، بل جاء على النقيض من أحكام هذه الشريعة . فقد رأينا أن الذين وثقوا لهذه الأحكام يلتزمون أحكام الإسلام في جميع مسائلهم المدنية والجنائية ، ويترافعون إلى القضاء الاسلامي : فليس صحيحاً إذن هذا الزعم الشائع بين كثير من الكتاب من أن محمد الفاتح إنما فعل ذلك نزولاً على حكم الاسلام . بل هي الاعتبارات السياسية التي دفعته إلى ما فعل ، مخالفاً في ذلك أحكام الشريعة الاسلامية .

٨ - وقد بقيت الحال كذلك دهوراً طويلة ، أساء في أثنائها رجال الدين استعمال ما خول لهم من سلطات قضائية واسعة ، فصاروا يستبدون بأتباعهم ، ويعتبرون القضاء أقطاعاً يقطعونه للأساقفة ، ويحللون ما حُرِّم ويحرمون ما حُلِّل من أجل المال (انظر في ذلك أحد صفوف بك في قضاء الأحوال الشخصية للطوائف المليية ص ٦ - ص ٧ والمرجعين المذكورين في هذا الكتاب :

Zohrab : Les Priviliges des Patriarcats ; Revue de l'Egypte
Contemporaine t. XX p. 113.
De la Jonquière : Histoire de l'Empire Ottoman t. II p.
464.

هذا إلى أن سلاطين بني عثمان زاد شعورهم بما انتقصوه من سلطانهم من جراء تحويل القضاء إلى هذه السلطات الواسعة ، فقد كانت كل طائفة مستقلة بأمورهم الدينية والقضائية والإدارية ، حتى لتكاد تكون دولة قائمة بذاتها . وزاد في مساوئ هذا النظام دسائس الدول الأجنبية وبسطها حمايتها على هذه الطوائف تتخذ منها ذريعة للتدخل في شؤون الدولة العثمانية ، بعد أن دخلت هذه في دور التفكك والانحلال .

وإلى هذا وذاك حركة القانون نحو الإقليمية في التطبيق التي أخذت تشتد شيئاً فشيئاً ، وتعارض في ذلك مبدأ شخصية التطبيق الذي كان منتشرأ في المصور السابقة . وإقليمية التطبيق في القانون حركة تتفق مع مبدأ سلطان الدولة ، وهي تتفق كذلك مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي سبق بسطها ،

فاعتناق هذا المبدأ إنما هو رجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي قررت المبدأ في أوضح صورة منذ عصور طويلة .

٩ - كان من كل هذا أن دخلت الدولة العثمانية في دور إصلاح عام لنظمها السياسية والإدارية والقانونية والقضائية ، فأعلنت في ٣ نوفمبر سنة ١٨٣٩ دستوراً قائماً على المبادئ الحديثة ، قرئ على ملأ من رجال التمثيل السياسى ورجال الدين وكبار المؤلفين في جلطنة - وهي ميدان فسيح متصل بمحديقة القصر الشاهانى - فأصبح معروفاً بخط جلطنة^(١) .

وقد بدأ هذا الدستور بالإشارة إلى ما كان من الدولة العثمانية « منذ مائة وخمسين سنة من عدم الانقياد إلى الشرع الشريف ... ولما كان من الأمور الواضحة عدم إمكان ثبات الممالك التي لا تكون أدارتها تحت قوانين شرعية ... لذلك نرى من اللازم المهم لأجل حسن إدارة ممالكنا المحرومة وضع بعض قوانين جديدة تتعلق موادها الأساسية بأمنية النفوس والمحافظة على الأموال والمرض والناموس وكيفية تعيين التكاليف وجمع العساكر المقتضية ومدة استخدامها ... كذلك يلزم أن تنظر دعاوى أصحاب الجرائم بعد الآن علناً بوجه التدقيق بمقتضى القوانين الشرعية ... ولكي تكون أهل الاسلام وباقي الملل الذين هم من تبة سلطنتنا السنية نائلين مساعدتنا هذه الشاهانية بدون استثناء ، أعطيت من طرفنا الشاهانى الأمانة الكاملة

(١) (انظر نفس هذا الخط كاملاً في جلد ٥ ص ٣٥٢ - ص ٣٥٣ - ارسنارفى جزء ٢ ص ٧
ص ١٤ - بونج جزء ١ ص ٢٩ - ص ٣٦) .

بمقتضى الحكم الشرعى لجميع أهالى ممالكنا المحروسة على نفوسهم وأعراضهم وأموالهم» .

ويتبين من ذلك أن خط جلخانة هذا إنما هو دستور يقرر المبادئ العامة فى الحرية وفى المساواة ما بين الرعايا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويمد بوضع قوانين عادلة تنظم المسائل الإدارية والعسكرية والقضائية فى الدولة العثمانية . فهو والخط الهمايونى الذى سأتى ذكره حالا وثيقتان أساسيتان للحرىات العامة ومبادئ المساواة المدنية والدينية والسياسية ما بين رعايا الدولة العثمانية . ويقول فيها ارستارشى بك فى مقدمة كتابه المعروف (جزء أول صفحة ٧) :

“Ces deux chartes ont inauguré une époque de rénovation dans l'Empire par la consécration des principes politiques, par la garantie des droits personnels, de l'égalité civile, religieuse, politique et par tant d'autres concessions libérales.”

وأعقب خط جلخانة قوانين « التنظيمات » الموعود بها ، وهى قوانين إدارية وجنائية وتجارية متنوعة . ولكن الوثيقة التشريعية الكبرى التى أعقبت خط جلخانة ، وعرضت لنظام الطوائف غير الإسلامية فى كثير من التفصيل ، هى الخط الهمايونى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ (١٠ جمادى الأخرى سنة ١٢٧٣) ، وهى الوثيقة التى تقف عندها طويلا ، إذ هى لا تزال حتى الآن دستورا للطوائف المليية فى مصر فيما لم يصدر فيه تشريع خاص .

(٢)

الخط الهمايوني ولائحة تركات العيسويين

١٠ - أشار الخط الهمايوني إلى ما سبق تقريره من المبادئ في خط
جلخانه والى « التنظيمات » التشريعية التى أعقبته فقال :
« بما أن تلك التأمينات التى صار الوعد والاحسان بها من طرفى
الأشرف السلطانى لأجل أمانة النفوس والأموال وحفظ التاموس فى حق
جميع تبعى الموجودين فى أى دين وهذهب كان بدون استثناء بموجب خطى
الهمايوني الذى تلى فى جلخانه ، وقد جرى الآن تأكيدها وتأيدها مع
التنظيمات الخيرية ، يجب اتخاذ التدابير المؤثرة لأجل اخراجها بكاملها الى
الفعل . أما الامتيازات والمفايات الروحانية جميعها التى أعطيت من طرف
أجدادى العظام ، أو أحسن بها فى السنين الأخيرة الى جماعة المسيحيين وباقى
التبعية الغير المسلمة الموجودين فى ممالكى المجرومة الشاهانية ، فقد صار
تقريرها وإبقاؤها الآن أيضا . إنما يلزم أن تحصل المبادرة فقط الى رؤية
امتيازات كل جماعة من المسيحيين والتبعية الغير المسلمة ومaintenance امتيازاتهم
الحاضرة بظرف مهلة معينة . وتحصل المذاكرة فى إصلاحاتها التى أوجبها
الوقت وآثار التمدن والمعارف المكتسبة فى مجالس مخصوصة تشكل فى

البطركنائات بإرادتي واستحساني الملوكي وتحت نظارة بابنا العالي» (أنظر
جلاد ٥ ص ٣٥٣ - ص ٣٥٤).

فالامتيازات «الروحانية» أي ما كان متعلقا منها بما هو ديني محض ،
للطوائف غير الإسلامية استقيمت لهذه الطوائف ، مع الإشارة إلى وجوب
إصلاحها بما يتفق مع «آثار التمدن والمعارف المكتسبة في مجالس مخصوصة
تشكل في البطركنائات» بمد موافقة حكومة السلطان .

١١ - ثم يمرض الخط الهايوني لمسألة جوهرية ، هي أم ما يعنينا في
هذا التشريع ، وهي مسألة التنظيم الجديد للقضاء بالنسبة للمسلمين
وللطوائف غير الإسلامية ، فيقرر ما يأتي :

« م ١٦ : أما جميع الدعاوى التي تحدث فيما بين أهل الإسلام
والمسيحيين وباقي التبعة الغير المسلمة أو بين التبعة المسيحية وبين باقي تابعي
المذاهب المختلفة الغير المسلمة ، تجارية كانت أو جنائية ، فتحال إلى دواوين
مختلطة . والمجالس التي تعقد من طرف هذه الدواوين لأجل استماع الدعوى
تكون علنية بمواجهة المدعي والمدعى عليه والتهود الذين يقيمونهم ، ينبغي
أن يصادقوا على تقاريرهم الواقعة دائما واحدة فواحدة يمين يجرؤونه حسب
اعتقادهم ومذاهبهم » .

« م ١٧ : أما الدعاوى المائدة إلى الحقوق المادية ، فينبغي أن ترى
شرعا أو نظاما بحضور الوالي وقاضي البلدة في مجالس الأليات والألوية
المختلطة أيضا ، وتجري المحاكمات الواقعة في هذه المحاكم والمجالس علنا .

« م ١٨ : وأما الدعاوى الخاصة ، مثل الحقوق الأثرية ، فيما بين شخصين من المسيحيين وباقى التبعة الغير المسلمة ، فتحال ، على أن ترى ، إذا أرادت أصحاب الدعوى ، بمعرفة البطررك أو الرؤساء والمجالس .
(أنظر جلد ٥ ص ٣٥٤) .

فالمادة ١٦ من الخط الهمايوني سلخت ، فيما يتعلق بالطوائف غير الاسلامية ، من القضاء الملى اختصاصاته التجارية والجنائية . والمادة ١٧ من هذا الخط سلخت من هذا القضاء اختصاصاته المدنية . وبذلك عاد لقضاء الدولة اختصاصاته المدنية والتجارية والجنائية بالنسبة لجميع رعايا الدولة العثمانية . وهذه خطوة فى الدرجة القصوى من الأهمية فى توحيد القضاء ، وفى استكمال سلطان الدولة ، وفى إقليمية التطبيق لقوانين الماسلمات والمقويات . وفى هذا رجوع لأحكام الشريعة الاسلامية على النحو الذى بسطناه فيما تقدم .

بقى ما يسمى عادة بالأحوال الشخصية ، وتشمل الزواج وما يتصل به من مسائل والأهلية والحجر والموارث والوصايا . وهذه هى التى تعرض لها المادة ١٨ من الخط الهمايوني ، وتسميها بالدعاوى الخاصة ، وتذكر منها الموارث (الحقوق الارثية) على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر .

ويقطع فى صحة هذا رأى أن التحريرات السامية الصادرة فى سنة ١٨٩١ ، وسيأتى ذكرها فيما لى ، تنتقى بعض هذه الدعاوى الخاصة ، فتجعلها من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى بالنسبة لبعض الطوائف ، فتذكر النفقة

والهر والجهاز وهى مسائل تتصل بالزواج، ثم تذكر الوصايا وهى مسائل تتصل بالمواريث. وقد جرى القضاء المصرى فى تفسير الخط المهابونى على هذا النحو، واعتبر «الدعاوى الخاصة» شاملة لجميع أقضية الأحوال الشخصية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ ب ١ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٨٩١ ب ٣ ص ١٤٥ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٥٢ - ١٢ يونيه سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٦٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ١٤٠ - ٧ مايو سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ٢٨١).

ويقول الأستاذ سيزوستريس باشا بهذا الرأى ويفصله تفصيلا وإفيا فى كتابه عن البطركانات، إذ قرأ فيه (ص ٢٩٣ - ص ٢٩٥) ما يأتى.

"Ainsi donc, les procès dépendant des lois religieuses entre non-musulmans sont de la compétence de l'autorité ecclésiastique dont ils relèvent Les affaires dépendant des lois religieuses se divisent en deux catégories : affaires purement religieuses et affaires civiles ressortissant du statut personnel. Les principales affaires purement religieuses sont les causes matrimoniales et les causes spirituelles. Les causes matrimoniales se réfèrent aux fiançailles, à leur validité et leurs effets; à la déclaration de la validité ou de la nullité du mariage; à la séparation de corps et d'habitation des époux; au divorce (là où il est admis); à la déclaration de la mort de l'un des époux absent Quant aux affaires civiles ressortissant du statut personnel, elles offrent, dans les pays d'Orient, un champ d'une étendue très considérable : ce sont non seulement toutes les questions de fiançailles, de mariage, de séparation de corps, de divorce, de filiation, de puissance paternelle, de tutelle et de curatelle, mais encore tout ce qui a trait au droit d'hérédité et à la liquidation des successions, aux testaments, aux legs et à toutes autres dispositions

faites mortis causam, aux pensions alimentaires, à la dot; ainsi que les causes relatives aux fondations pieuses de la nation ou aux wakfs."

وإذا كنا نتحفظ كثيراً فيما يذهب إليه سيزوستريس باشا من إدخال بعض المسائل، وبخاصة مسائل الوقف، في نطاق الأحوال الشخصية، فنحن نوافقه موافقة تامة على أن مسائل الزواج ويدخل فيها الخطبة وفسخها وصحة الزواج وأوجه فسخه وأوجه بطلانه، والطلاق، والتفريق ما بين الزوجين والمهر والجهاز والنفقات، والأهلية والحجر والولاية والوصاية والقوامة، كل هذا يدخل في نطاق المسائل التي سماها الخط الهمايوني في المادة ١٨ منه « بالدعاوى الخاصة »، هذا إلى الموارث والوصايا، وهي التي نص عليها وخصها بالتسمية.

١٢ — ويستخلص من أحكام المادة ١٨ من الخط الهمايوني النتائج الآتية:
(١) إذا اختلفت ملة الخصوم، فإن الدعاوى الخاصة، وهي التي حددنا نطاقها فيما تقدم، تخرج من اختصاص القضاء الملى الاستثنائي، وتدخل في اختصاص قضاء الدولة العام، ففسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية.

وهنا يحسن أن نورد إلى جانب النص العربي للمادة ١٨ ترجمة فرنسية دقيقة وردت في كتاب معتمد عنوانه (Corps de Droit Ottoman) لمؤلفه (George Young)، وهو كتاب معروف.

فالذى جاء في النص العربي هو، كما ورد في مجموعة جلاذ: « الدعاوى الخاصة فيما بين شخصين من المسيحيين وباقى التبعة غير المسلمة .. »

والمقصود بهذا أن يكون الخصمان غير مسلمين ومن ملة واحدة، كما تدل عليه الترجمة الدقيقة التي أوردها Young في كتابه المشار إليه (جزء ٢ ص ٧) وهذه هي :

“Les procès civils spéciaux, comme ceux de succession ou autres de ce genre, entre les sujets d'un même rite chrétien ou autre non-musulman, pourront, à leur demande, être envoyés par-devant les conseils des Patriarches ou des Communautés.”

ويتضح من هذا النص الفرنسي أن القضاء الملى لا ينظر في قضية إلا إذا كان الخصوم فيها من ملة واحدة . فإذا اختلفت الملة كان الاختصاص لقضاء الدولة العام .

ويقول الأستاذ صفوت بك في كتابه « قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية » (ص ٢٢ - ص ٢٣) في هذا الصدد ما يأتي : « في عصر الفتح العثماني كانت التبعة الغير المسلمة ثلاث فرق : الروم والأرمن واليهود . وأتباع كل طائفة كانوا يتقاضون فيها . وكان التزاوج المختلط بينهم نادراً ، فإذا حصل تبع أحد الزوجين مذهب الآخر . وعلى ذلك كان اختصاص كل طائفة مقصوراً على أتباعها من أهل ملتها وهذه القاعدة مستفادة مما جرى عليه العمل من أول نشوء الامتيازات القضائية الملية فإذا اختلفت ملة الخصام كانت المحاكم الشرعية هي المختصة » .

(٢) وتخرج هذه الدعاوى الخاصة أيضاً من اختصاص القضاء الملى ،

وتدخل في اختصاص المحاكم العامة للدولة ، وتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ لم يترأس الخصوم على الترافع إلى القضاء الملى ، حتى لو اتحدت ملتهم . وهذا الحكم وارد بنص صريح في المادة ١٨ من الخط الهمايوني في العبارة التي تقول : « إذا أرادت أصحاب الدعوى » . فإذا لم ترد أصحاب الدعوى الترافع إلى قضائهم الملى ، رجع الاختصاص للمحاكم العامة للبلاد . وهذا ينطبق على جميع الدعاوى الخاصة ، حتى الزواج نفسه . فقد رأينا أن الزواج من صفة وبطلان وفسخ يدخل في معنى « الدعاوى الخاصة » . ويتفق هذا الحكم مع أحكام الشريعة الإسلامية التي قدمناها ، فإن الدمين ، حتى في أنكحهم ، يترافعون إلى القضاء الاسلامى ، ولكن القاضى يجرى في الأنكحة أحكام دينهم على الوجه الذى فصلناه .

(٣) بعد أن أخرجنا من اختصاص القضاء والملى ما أخرجه ، لا يبق لهذا القضاء اختصاص في نظر الدعاوى الخاصة ، إلا إذا اتحدت ملة الخصوم وافقوا جميعاً على الترافع إليه . فاختصاص القضاء الملى ، حسب نصوص الخط الهمايوني ، هو اختصاص اختياري محض ، وهو أقرب إلى التحكيم منه إلى القضاء .

١٣ - هذه النتائج الثلاث التي استخلصناها من نصوص الخط الهمايوني تجعلنا نفهم الروح التي سادت هذا التشريع الخطير . فقد أريد الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بقدر الامكان ، بعد أن انخرقت

الدولة العثمانية دهوراً طويلة عن هذه الأحكام . فقد أصبحت مسائل الأحوال الشخصية ، بمقتضى الخط الهمايونى ، من اختصاص المحاكم الشرعية لا من اختصاص القضاء الملى . ولم يستبق لهذا القضاء إلا اختصاص تحكيم استثنائى لا يكون إلا إذا اتحدت ملة الخصوم وتراضوا جميعاً على قضاء ملهم . وفى هذا وحده انحرف الخط الهمايونى عن أحكام الشريعة الاسلامية ، فإن هذه تقضى باختصاص القضاء الاسلامى ، حتى فى هذه الحالة الاستثنائية ، على أن يجرى القاضى فى الأنكحة أحكام الدين الذى ينتهى إليه الخصوم .

ومهما يكن من أمر ، فإن وصية غير المسلم ، بمقتضى الخط الهمايونى ، أصبحت من اختصاص المحاكم الشرعية ، وتسرى عليها أحكام الشريعة الاسلامية ، فلا تجوز الوصية فى أكثر من الثلث ولنير وارث . وهى لا تدخل فى اختصاص القضاء الملى إلا إذا اتحدت ملة الورثة والموصى لهم جميعاً وتراضوا على اختصاص القضاء الملى ، وتطبيق أحكام قانون الملة .

١٤ — على أنه حتى فى هذه الحدود الضيقة لاختصاص القضاء الملى ، جرى العمل فى الدولة العثمانية على تفسير الخط الهمايونى تفسيراً ضيقاً لمصلحة القضاء العام للبلاد . ولا ينخدع الباحث بهذه المذكرات السياسية التى كانت تصدر من وقت لآخر ، بمبارات مبهمه مطاطة ، يقصد بها إلى تطمين الدول الأجنبية ومنع تدخلهم فى الشؤون الداخلية للدولة . فإن هذه المبارات الواردة فى مذكرة ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ وأمثالها من المذكرات والمنشورات الأخرى وضعت مبهمه قصداً حتى يتسع تفسيرها ويضيق حسب المصلحة .

والعبرة في تفسير الخط الهمايوني بالتطبيق القضائي لا بالمذكرات السياسية .
ويقول في هذا الصدد المنفور له عبد الخالق ثروت باشا في مذكرة له نشرت
ضمن « مذكرات عن الطوائف الكاثوليكية والروم الارثوذكس في مصر
سنة ١٩٢٥ ص ٤١ » :

..... il n'est pas possible de leur donner (textes du Hatt Hamayouni) une interprétation basée sur les documents politiques (mémoires ou notes), les termes de ces documents étant souvent empreints d'une exagération destinée à produire un effet déterminé à l'étranger et non de servir d'instrument juridique d'interprétation. Très probablement l'emploi des termes vagues a été voulu. En effet, si on considère les privilèges des patriarchats lors de la conquête de constantinople, il est évident qu'ils cadrent avec les institutions d'alors dont la base est la religion, qu'ils ne constituent pas une anomalie dans l'harmonie de cet ensemble; mais les mêmes privilèges, vus au XIX^e siècle, alors que les Etats sont jaloux de leur souveraineté sur leur propres territoires et qu'ils ne peuvent tolérer aucune atteinte à l'intégrité ou à la manifestation de cette souveraineté, ils paraissent dissonants et intolérables, on comprend l'Etat qui a octroyé gracieusement ces privilèges veut en retrancher. Or, rien ne sert mieux pour cette entreprise que d'employer des termes vagues sur l'interprétation desquels on ne peut jamais s'entendre, surtout lorsque les circonstances obligent l'Etat intéressé à reconnaître ces privilèges. Aussi ne faut-il recourir pour les interpréter dans un sens extensif ou restrictif qu'aux lois survenues plus tard ou aux usages établis dans la suite.

يجب إذن أن يفسر الخط الهمايوني ، كما يقول ثروت باشا ، لا بمقتضى

المذكرات والمنشورات السياسية ، بل بما صدر من تشريع بعد ذلك وبما
استقر من تقاليد قضائية . ونستعرض الآن هذا التشريع وهذه التقاليد .

أولا — التشريع الذي صدر بعد الخط المهايوني

(لائحة تركات الميسوين)

١٥ — أما التشريع الذي صدر بعد الخط المهايوني فهو «لائحة تركات الميسوين» المعروفة بمحرر صفر . صدرت في ٧ صفر سنة ١٢٧٨ (الموافق ١٤ أغسطس سنة ١٨٦١) ، أي بعد الخط المهايوني بخمس سنوات . وهي ، على ما ورد في مجموعة جلاّد (جزء ٥ ص ٢١٦) «تحريرات سامية صومية» أي تشريعات لها قوة القانون .

وهذه هي أم النصوص التي تمنينا من هذه اللائحة ، نقلها عن مجموعة جلاّد (جزء ٥ ص ٢١٦ وما بعدها وجزء ٢ ص ٢١ وما بعدها — أنظر أيضا ارستارشى جزء ١ ص ٤١ وما بعدها — يونج جزء ١ ص ٣٢٣ وما بعدها) :

«ولئن كان قد أرسل قبل الآن تحريرات رسمية سامية إلى كل الجهات حاوية بعض وصايا بحق تركات المسيحيين ، ألا إنه حيث لم تفهم هذه القضية كما ينبغي في بعض الجهات ، وحصل سوء استعمال في بعض المحلات ، فقد جرى بيان القرار القطعي للمطى الآن فيما يختص بصور اجراءات هذا الخصوص وتوضيحه على الوجه الآتي . وهو حيث كان تحرير تركات المتوفين من التبعة المسيحية عن ورثة كبار خارجا عن دائرة مأمورية وماذونية القضاة والنواب ، فلا يحصل تعرض ولا مداخلة أصلا وقطعا في تحرير تركة بنير

وجه شرعى من طرف حكام الشرع ما لم يحصل طلب تحريرا للتركة وتقسيمها باستدعاء كبار وروثة المتوفين من هذا القبيل بالذات . لكن إذا حصلت الشكوى من طرف أحد الورثة ضدا لبعضهم بعضا من جهة تقسيم التركة فيما بينهم وتوزيعها عليهم ، وقدم استدعاء إلى الحكومة ، حينئذ تجرى مرافعتهم مجلسيا بمعرفة الشرع الشريف . ويجرى تحرير التركة بحسب إيجابها بناء على استدعاء المدعى . وأما إذا كان المتوفى تاركا أيتاما من صغير وصغيرة ، فتحرر تركة المتوفى عن صغير وصغيرة من ذلك القبيل حسب مقتضياتها الشرعية لكون المحافظة على أموال هكذا أيتام هى من مقتضيات شأن حكومة الدولة عليه العالى . ثم بعد إفاء مصاريف تجهيز المتوفى ودفعه مع ديونه ووصيته المعتبرة كافة ، يتركهما كان باقيا من المال والدرام لتبقى معه أرث الصغار فى يد ولى الأيتام ووصيهم إذا كان يوجد لهم أولياء وأوصياء ليسوا من الأدياء ولا من المسرفين والمبذرين تطبيقا إلى شروطها ونظامها . أما إذا لم يكن للأيتام المرقومين أحد ، فينتخب لهم حينئذ وصى واحد وناظر واحد من رجال طائفتهم الأمانة المتمدنين . ويؤخذ عليهما كفيل وسند بأنهما لا ينفقان أموال الأيتام ، بل يجريان النفقة على الأيتام وتعليمهم وتعلمهم وتربيتهم مع الإدارة التامة ثم إذا كان يوجد غائب أو غائبة ومجنون أو مجنونة من ورثة الذين يتوفون من أهالى البلدة ، فيجرى تحرير تركاتهم تطبيقا إلى القرار المشروح فى حق الأيتام أيضا

إنما إذا كان رجل قد أوصى قبل وفاته بثلث ماله إلى بعض الوجوه

المعتبرة تعتبر هذه الوصية شرعا بعد وفاته . وعدا عن ذلك إذا كان المتوفى وهو في حال صحته وكال عقله قد قسم جميع أمواله وأملاكه على كل واحد من ورثائه الحقيقيين أو على أشخاص آخرين بالتفريق ، وأفرد لكل منهم حصته وسلمه إياها بسند معتبر بحضور رجال من معتمدى طائفته مصدق عليه من طرف البطريرك أو المطران أو الأسقف أو وكلام تعتبر مثل هذه السندات من طرف حكام الشرع وغيرهم من المأمورين بـ غيب الثبوت والتحقيق ، ولا تبقى حاجة إلى تحرير التركة وتقسيمها تكرارا ، بل تبقى الأموال المنقولة والتبر المنقولة متروكة في يد من يلزم إبقاؤها في أيديهم على الوجه المحرر في السند المذكور » .

هذه هي النصوص التي تمنينا في محرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨ . ويمكن القول أنها تعرض لمسألتين رئيسيتين :

١٦ - (١) أن موارث غير المسلمين تقضى فيها المحاكم الشرعية ، وتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية ، ما لم تتفق الورثة على التقاضى إلى قضائهم الملى وتطبيق أحكام ملتهم . وغنى عن البيان أن هذه هي أحكام الخط المايونى التى سبق شرحها ، قد تكررت وتأكدت بتشريع جديد ، هو هذه اللائحة التى نحن بصدها .

نصوص هذه اللائحة صريحة فى هذا المعنى ، سواء كانت الورثة جميعا مستكلى الأهلية ، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية .

ففى الحالة الأولى تنص اللائحة على أنه « إذا حصلت الشكوى من

طرف أحد الورثة ضد بعضهم بعضا من جهة تقسيم التركة فيما بينهم ، وتوزيعها عليهم ، وقدم استدعاء إلى الحكومة ، حينئذ تجرى مرافعتهم مجلسيا بمعرفة الشرع الشريف ، وبجرى تحرير التركة بحسب أيجابها بناء على استدعاء المدعى . ونورد ترجمة هذه الفقرة باللغة الفرنسية :

"Cependant, si l'un des héritiers se plaindrait de la manière du partage entre eux-mêmes et aurait recours au Gouvernement, dans ce cas le Tribunal du Chéri sera saisi de l'examen de l'affaire d'après les lois du Chéri et l'inventaire de la succession sera dressé, d'après les circonstances, sur la requête du demandeur" (Young I p. 323).

ومعنى هذا النص أنه يكفى أن يختلف أحد الورثة مع سائرهم ، حتى يستطيع هذا الوارث أن يرفع دعواه أمام المحاكم الشرعية ، ويطلب تقسيم التركة طبقا لأحكام الشرع الشريف .

أما فى الحالة الثانية ، وهى حالة ما إذا كان فى الورثة قصر أو عجزور عليهم أو غائبون ، فلا يمكن أن يتم اتفاق صحيح على القضاء الملى بين الورثة وفهم من هو غير مستكمل الأهلية ، هذا إلى أن أموال ناقص الأهلية تصبح المحافظة عليها من واجبات الدولة . فيجب فى هذه الحالة أن تكون القضية من اختصاص المحاكم الشرعية ، وتسمى أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا ما نقرأه فى نصوص اللائحة : « وأما إذا كان المتوفى تاركا أيتاما من صغير وصغيرة ، فتتحرر تركته المتوفى عن صغير وصغيرة من ذلك القبيل حسب مقتضياتها الشرعية ، لكون المحافظة على أموال هكذا أيتام هى من مقتضيات شأن حكومة الدولة العلية العالى ثم إذا كان يوجد غائب أو

غائبة، ومجنون أو مجنونة من ورة الذين يتوفون من أهالى البلدة فيجرى تحرير تركاتهم تطبيقاً إلى القرار المشروع فى حق الأيتام أيضاً ... ». وهذه هى الترجمة الفرنسية :

"Dans le cas où le défunt laisserait des héritiers et des héritières mineurs, la protection des biens des orphelins mineurs étant indispensable pour la dignité du Gouvernement Impérial Ottoman, l'inventaire de cette succession sera dressé d'après le Chéri L'inventaire de la succession des personnes décédées, dans leur pays d'origine, et laissant des héritiers absents ou atteints de folie sera fait conformément à la décision précitée relative aux mineurs." (Young I p. 324).

ويتبين من هذا النص الأخير أن مسائل الأهلية والحجر هى من اختصاص المحاكم الشرعية . وهذا أيضاً يؤيد ماسبق للخط الهامونى أن قرره . ويقول ثروت باشا فى مذكرته المشار إليها تعليقاً على النص الذى نحن بصدده ما يأتى (ص ٤٣ - ص ٤٤) :

"Ce texte établit à l'évidence que les questions de tutelle et de curatelle sont du ressort du Mehkémeh. Il en est de même de la capacité parce qu'elle ne peut être régie que par la loi régissant la tutelle. Cette opinion est corroborée par une consultation donnée le 15 Gamad-Awal 1266 par le Ministère de la Justice Ottoman à la demande du Gouvernement Egyptien. D'après cette consultation "la nomination des tuteurs n'est pas de la compétence des Patriarcats, d'après les ordres Suprêmes et les statuts actuels, mais d'après les clauses et dispositions des Tahrirats saniehs du 7 safur 1278 publiées au premier volume de la constitution, les successions des non-musulmans sont de la compétence des Mehkémehs dont les décisions n'ont donné lieu à aucun conflit. La section relative aux legs dans les Tahrirats saniehs contient les règles en vigueur dans l'Empire Ottoman".

١٧ - (٢) إن وصية غير المسلم ، فيما يتعلق بالجزء الذى يجوز الإيصاء به وهو الثلث لنير وارث ، تخضع أيضا لأحكام الشريعة الإسلامية . وهذا يتفق كذلك مع أحكام الخط المهايونى ويؤيدها . فقد جاء فى اللائحة التى نحن بصدد ما يأتى : « إنما إذا كان رجل قد أوصى قبل وفاته بثلث ماله إلى بعض الوجوه المعتبرة ، تعتبر هذه الوصية شرعا بدرفاته الخ الخ » . وهذه هى الترجمة الفرنسية :

“Cependant, dans le cas où le de cujus aurait, de son vivant, légué le tiers de ses biens pour certains buts honorables et valables, (établis. de bienfaisance) non seulement ce testament doit être considéré valable par le Chéri, après sa mort, mais encore si le de cujus, de son vivant et dans un état sain d'esprit, aurait . . . partagé tous ses biens . . . à chacun de ses héritiers légaux ou à d'autres personnes à part, et aurait séparé et livré à chacun d'eux sa part, de tels actes seront reconnus valables par les juges du Chéri (Young I p. 325).

ويتضح من هذه النصوص أن وصية غير المسلم فى الوجوه المعتبرة شرعا تنفذ فى الثلث ، وأن المورث فى حال صحته يستطيع أن يتصرف فى ماله تصرفا منجزا ، فيقسمه بين ورثته طبقا لأنصبتهم فى الميراث أو بخلاف أنصبتهم ، كما يستطيع أن يهبه لنير ورثته . وهذا كله يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية . وفيما نقلناه فى الفقرة السابقة من مذكرة المحرم ثروت باشا ما يؤكد أن ما جاء فى لائحة تركاٹ الميسوين خاصا بالوصية هو القانون المعمول به فى الدولة العلية .

ونلاحظ منذ الآن أن إيراد النصوص المتعلقة بالوصية فى الثلث إلى

جانب نصوص الميراث يكشف عن العلاقة الوثيقة ما بين القاعدة التي تقضى بأن الوصية لا تكون إلا في الثلث لغير وارث وبين قواعد الميراث ذاتها . فليس هناك شك في أن هذه القاعدة تعتبر من قواعد الميراث ، ولا يتصور التقييد بقواعد الميراث دون التقييد بهذه القاعدة . وسنعود لهذه المسألة الهامة ببيان أوفى .

وحسبنا الآن أن نسجل أن لائحة تركات اليسويين قد أكدت أحكام الخط المهايوني ، فجعلت الميراث والوصايا والأهلية والحجر من اختصاص المحاكم الشرعية ، وجعلت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسرى على هذه المسائل .

١٨ ليس إذن في أحكام محرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨ ما يتناقض مع أحكام الخط المهايوني ، بل أنها كلها أحكام واحدة كما قدمنا . لذلك لفت نظرنا ما ورد في مذكرة الأستاذ ضليح سامي باشا (ص ٨) . فهو يلخص أحكام المحرر في أمرين : أولهما أن وصية اليسوي لا تجوز في أكثر من ثلث التركة ، والثاني أن وجود قصر بين الورثة يقضى بأن تضبط التركة بواسطة القاضى الشرعى . ثم يعقب على ذلك فيقول : « ولا شك أن في هذين الحكمين تقضياً لأحكام الخط المهايوني الصادر قبل ذلك بسبع سنوات باعتباره شرطاً من شروط الصلح التي تضمنتها معاهدة باريس » . وقد رأينا أن ليس في الحكمين أى تقض لأحكام الخط المهايوني ، بل فيها تثبيت . وتأكيده لهذه الأحكام .

١٩ - ثم يهاجم الأستاذ صليب باشا المحرر من نواح ثلاث :

(١) فهو يقول أولاً أن هذا المحرر ليست له قوة القانون (انظر ص ٣٣ من مذكرته) .

(٢) ويقول ثانياً أن الحكومة النمانية قد عطلته بعد إصداره (انظر ص ٩ - ص ١٢ من المذكرة) .

(٣) ويقول أخيراً أن الحكومة المصرية قد وقفت تنفيذه (انظر ص ٨ - ص ٩ من المذكرة) .

ونحن نتولى الرد على هذه المسائل الثلاث .

٢٠ - أما أنه ليس بقانون ، فقد قرر الأستاذ صليب باشا نفسه في مذكرته (ص ٢٣) أن هذا المحرر قد ورد في مجموعة جلاذ (جزء ٥ ص ٢١٦) تحت كلمة « بطرئانة » بعنوان « صورة تحريرات سامية صومية » ، وفي الجزء الثاني من هذه المجموعة (ص ٢٣) تحت كلمة « بيت مال » بعنوان « الأمر السامى الصادر من طرف الدولة العلية إلى حضرات الولاة والمتصرفين الكرام صوما » . فهو إذن تحرير سام ضم ، كما يقول الأستاذ ، إلى نظامنامه التركات وورد في مجموعات القوانين وأوامر الدولة العلية .

والظاهر أن لأئحة ٨ صفر سنة ١٢٧٨ قد أعيد إصدارها بقانون في ٥ رمضان سنة ١٢٧٨ . وقد وضع هذا القانون في صورة مواد بلغت تسماً .

ويكفى للتثبت من ذلك الرجوع إلى مجموعة جلاذ ، في الجزء الخامس الخاص بالأحوال الشخصية بالطوائف غير الإسلامية (ص ١٣٩) تحت العنوان

الآتي « نظامنامه التركات الوارد بها الأمر الملوكي الرقيم » رمضان سنة ١٢٧٨

الموافق ٢ مارس سنة ١٨٦٢ هـ .

وقد أتت هذه اللائحة مؤيدة للخط الهمايوني كما قدمنا ، ولم تناقض أحكامه في شيء ، فهي تستمد قوتها لا من أنها قانون غسب ، بل لأنها تعتبر أيضاً تفسيراً للخط الهمايوني فيما يتعلق بتركات غير المسلمين .

٢١ — أما أن المحرر عطل العمل به في تركيا ، فلم يورد الأستاذ صليب باشا أى دليل على ذلك . وكل ما أورده في هذا الشأن مذكرة الباب العالى المبلغة لسفراء الدول في ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ ، وفرمان ١٣ ذى القعدة سنة ١٢٩٢ (١٢ ديسمبر سنة ١٨٧٥) المعروف بفرمان الإصلاحات ، ومذكرة وزير خارجية تركيا لسفراء الدول في ٢٨ مارس سنة ١٨٧٨ ، وكتاب قاضى القضاة لقاضى ولاية الشام استناداً إلى فرمان الإصلاح الصادر في سنة ١٨٧٥ .

وقد أشرنا من قبل إلى أنه لا تجوز إعارة عناية كبيرة للمذكرات السياسية التى تبلغها الدولة العلية لسفراء الدول لأنها توضع عادة ببارات مبهمه مطاطة لأغراض سياسية ، ولا يجوز الاعتماد عليها في تفسير النصوص القانونية تفسيراً يقيد القضاء . فذكره الباب العالى المبلغة لسفراء الدول في ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ هى من هذا القبيل . وهى بعد لم يرد فيها شيء يدل ، صراحة أو ضمناً ، على إلغاء أحكام المحرر . وكل ما ورد متصلاً بهذا الشأن أنه « فيما يتعلق بالقضايا التى تخضع لأحكام الشرائع الدينية ، والتي بطبيعتها لا لهم سوى المسلمين فيما بينهم ، والمسيحيين فيما بينهم ، فهذه القضايا

سترفع من الآن فصاعدا ، كما كانت ترفع قبلا ، إلى القضاء الشرعى بالنسبة للمسلمين ، وإلى القضاء الملى بالنسبة للمسيحيين ، وكلا القضائين يحكم بمقتضى قوانينه ونظمه الخاصة . وليس فى هذه العبارة أكثر من الإشارة إلى أن هناك قضايا تخضع لأحكام الشرائع الدينية المسيحية لا تهم إلا المسيحيين فيما بينهم سترفع إلى القضاء الملى كما كان الأمر من قبل . فها هى هذه القضايا ؛ هى لاشك القضايا الواردة فى الخط الهمايوى ، والتى سبق أن بيناها : قضايا الزواج وما يتصل به والأهلية والحجر والموارث والوصايا ، إذا اتفق الخصوم على رفعها للقضاء الملى وكانوا متحدى الملة ، يسير الأمر فيها كما كان من قبل أى من وقت صدور الخط الهمايوى . وقد سبق أن أشار المرحوم ثروت باشا إلى هذه المذكرة وبين أنه ليست لها أية قيمة تشريعية .

كذلك فرمان الإصلاحات لم يذكر إلا العبارة التى أوردها الأستاذ صليب باشا فى مذكرته وهى :

Les dispositions testamentaires, dans les provinces, seront respectés, et il ne sera point permis de s'immiscer dans la gestion faite par les tuteurs des biens des mineur:

فهل يفهم من هذه العبارة أكثر من أن وصايا غير المسلمين ، إذا كانت جارية على أحكام القانون طبعا ، تكون محترمة ؟ والاحترام هنا منصب بنوع خاص على عدم التدخل فى إدارة الوصى لأموال القاصر فى الأقاليم ، حيث كان التدخل كثير الوقوع ، إلا إذا تقدمت شكوى ضد الوصى أو وصى التركة (exécuteur testamentaire) لسوء الإدارة ، فعند ذلك تتدخل الدولة

وتحمي القصر في إدارة أموالهم . فهل « هذه النصوص تلغى طبعاً أحكام نظام تركات العيسويين » كما يقول الأستاذ صليب باشا !! نستطيع أن نؤكد مطمئنين أن هذا لا يخطر بالبال .

ثم يشير الأستاذ صليب باشا إلى مذكرة ٢٨ مارس سنة ١٨٧٨ ، وقد جاء فيها : « إن الوصايا إن كانت بمقدار ، متى كانت خالية من شبهة التصنع ، كأن شهد عليها بعض الأعيان من جنسية الموصى ، أو صدق على توقيعها البطريرك أو نائبه ، تصبح نافذة من تلقاء نفسها ، وتنتقل ملكية العقار للموصى له ، بدون تدخل ما من جهة المحكمة الشرعية » . فهذه المذكرة ، وقرار مجلس الدولة الذي تضمنها ، لا يمكن أن يفسرا إلا في ظل القانون السارى وهو الخطط الهايواني مفسراً بلائحة تركات العيسويين . ولا يمكن لقرار مجلس الدولة أن يلغى قانونا ، بل يجب أن يفسر بما يتفق مع أحكام هذا القانون . وتفسير هذا القرار واضح ، فهو يعرض للوصية من ناحية الشكل لا من ناحية الموضوع ، فينص على وجوب شهادة بعض الأعيان من جنسية الموصى على الوصية ، أو أن يصدق على توقيعها البطريرك أو نائبه . أما من ناحية الموضوع ، فلا يزال الخطط الهايواني ولائحة العيسويين ساريين ، لأن قرار مجلس الدولة لا يمكن أن يلغى شيئاً من ذلك . وقد ورد في مؤلف يونج (جزء أول ص ٣٢٢ في الحاشية) بيان واف عما كانت تجربة الطوائف غير الإسلامية من الأحكام على الوصية . ويتضح منها أن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي كانت تسرى عند جميع الطوائف فيما عدا طائفة أوطائفتين .

بقى كتاب قاضى القضاة لقاضى الشام ، وهو الذى يقول الأستاذ صليب باشا أن أصله موجود لدى سيادة الخانم . ولا نرى المحكمة فى حاجة إلى الاطلاع على هذا الكتاب . فإن الأستاذ صليب باشا نفسه يقول أن قاضى القضاة استند فيه إلى فرمان الإصلاح الصادر فى سنة ١٨٧٥ . وقد بينا أن هذا فرمان لم يمس لأئمة العيسويين بالناء أو بتعديل . فلا يمكن أن يكون لكتاب قاضى القضاة الذى استند إلى هذا فرمان قيمة أقوى من قيمة فرمان نفسه .

وبعد فإن الأستاذ صليب باشا يحدثنا فى مذكرته (ص ١٠) أن حكاهم الولايات كانوا يوعزون للمحاكم الشرعية بالتدخل فى وصايا المسيحيين عملاً بمحرر ٧ صفر ١٢٧٨ ، بحجة أن مذكرة الباب العالى الصادرة فى ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ لم تنص صراحة على الوصية ، وأن هذا التدخل بقى مستمر حتى بعد صدور فرمان الإصلاح فى سنة ١٨٧٥ (ص ١١) . ويحدثنا المغفور له ثروت باشا فى مذكرته التى سبقت الإشارة إليها أن وزارة الخارجية العثمانية فى سنة ١٣٢٦ هجرية أفتت الحكومة المصرية بأن مسائل تعيين الأوصياء ليست من اختصاص البطريركيات ، بل هى من اختصاص المحاكم الشرعية ، استناداً إلى محرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨ . فهذا المحرر نراه قائماً ، تشير إليه وزارة الخارجية العثمانية ، حتى فى سنة ١٣٢٦ ، أى بعد نحو نصف قرن من صدوره ، مما يشعر بأهميته وخطورته ، وأنه كان دستور الدولة العلية فى مسائل الميراث والوصية لغير المسلمين .

فلا نستطيع بعد كل ذلك أن نجارى الأستاذ صليب باشا سامى فى قوله
أن تركيا عطلت العمل بهذا المحرر .

٢٢ — ولا نستطيع كذلك أن نجاريه فى قوله أن هذا المحرر لم يعمل
به فى مصر ، فى النطاق الذى تسمى فى حدوده التشريعات العثمانية فى
البلاد المصرية .

وهذا يدعونا إلى الكلام فىما عرض له الأستاذ صليب باشا فى مدى ارتباط مصر بأحكام القوانين العثمانية ، واهتم به اهتماما خاصاً بوصفه بأنه حجر الزاوية فى بيان اختصاص محاكم الأحوال الشخصية .

نحن نوافق الأستاذ صليب باشا فىما وصل إليه من بحثه فى هذا الموضوع على أن نضيف إليه إيضاحاً نراه ضرورياً . فإن فرمانات التى أعطت مصر سلطة واسعة فى التشريع الداخلى ، وهى فرمان ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٧ الصادر لإسماعيل باشا بمنحه لقب الخديوية وفرمان غرة جمادى الأولى سنة ١٢٩٠ (سنة ١٨٧٠ ميلادية) الذى صدر تمهيداً لوضع نظام المحاكم المختلطة والفرمان الصادر فى ١٩ شعبان سنة ١٢٩٦ (١٨٧٩ ميلادية) بتولية الخديوى توفيق باشا والفرمان الصادر فى ٢٧ شعبان سنة ١٣٠٩ (سنة ١٨٩٢) بتولية الخديوى عباس باشا ، كل هذه تعطى مصر الحق فى التشريع لأمرها الداخلية .

ولكن هذا لا يمنع من سريان النظم التى منها الباب العالى فىما لا تتعارض فيه
مع التشريعات الداخلية التى منها خديوى مصر . وهذا محقق فىما يتعلق
بالخط الهامبوتى ولائحة تركات اليسويين ، فقد صدر هذان التشريعان فى

ظل فرمان أول يونيه سنة ١٨٤١ الصادر لمحمد علي باشا ، وقد جاء في هذا فرمان ما يأتي : « وكل النظم التي سنّها أو سبّسها الباب العالي تكون أيضاً حرة في الإجراء في ولاية مصر ، مع ملاحظة الظروف المحلية المختصة بالعدل والحاقانية فقط . فلما صدر الخط الهمايوني في سنة ١٨٥٦ ولائحة تركت العيسويين في سنة ١٨٦١ ، كان هذان التشريعان ساريين في مصر بمقتضى فرمان سنة ١٨٤١ ، مادام لم يصدر تشريع مصري يلغيهما .

بل نستطيع الذهاب إلى أبعد من ذلك ، ونقول أن كل النظم الخاصة بالطوائف غير الإسلامية التي سنّها الدولة العلية إلى سنة ١٩١٥ كانت واجبة التطبيق في مصر ، ما لم تتعارض مع تشريع مصري سابق أو يلغها تشريع مصري لاحق (انظر في هذا المعنى سيزوستريس باشا في البطريركيات ص ٢٥١ — ص ٢٥٣ — ص ٢٨٧ — ٢٨٨) . لذلك لم يكن هناك شك في سريان التشريعات السامية التي صدرت في سنة ١٨٩١ دون أن يصدر بها تشريع مصري خاص . ومن أجل هذا صدر قانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ يحل التشريعات العثمانية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية ، التي كانت سارية على مصر إلى ذلك التاريخ ، باقية تسرى بمقتضى تشريع مصري بعد أن انقضت سيادة الدولة العثمانية على مصر .

ويخلص من ذلك أن لائحة تركت العيسويين واجبة السريان في مصر بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع تشريع مصري يلغيها أو يعدل من أحكامها .
فلننظر الآن هل صدر تشريع مصري في هذا المعنى .

يقول الأستاذ صليب باشا ساجى فى مذكرته (ص ٨ - ص ٩) : « وقد أبلغ هذا المحرر للحكومة المصرية بالطريق الدبلوماسى الذى كان متبعاً حينئذ ، فأبلغ للعبة الخديوية . وهذه ترجمته إلى اللغة العربية . ثم بعث بالأصل والترجمة لناظر الخارجية المصرية الذى أبلغ الترجمة العربية لمحافظة القاهرة بمنشور فى ٢٧ ربيع الآخر سنة ١٢٨٢ . فأبلغه المحافظ للجهات المختصة فى ٥ جادى الأولى سنة ١٢٨٢ » . ثم يشير الأستاذ صليب باشا بعد ذلك إلى منشور ناظر الخارجية المصرية فى ٧ جادى الأولى يقف به العمل بالمحرر ، وقد ورد فى هذا المنشور ما يأتى : « فقد استصوب الآن توقيف العمل بمقتضى المنشور المتقدم ذكره والإجراء فى التركات المذكورة كما كانت سابقاً لحين صدور الأمر لحضرتكم بما يقتضى عن هذا الخصوص ، ولذا لزم تحريره ليكون معلوماً » (جلاد ٢ ص ٢٣) ..

وهذا كله صحيح . ويستخلص منه ما يأتى :

(١) صحة نظرنا من أن النظم العثمانية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية كانت تسرى فى مصر بمجرد تبليغها من حكومة الباب العالى . وكانت الحكومة المصرية تبليغها إلى الجهات المختصة للعمل بها دون حاجة إلى استصدار تشريع مبرى خاص بذلك .

(٢) إن لائحة تركات العيسويين بالذات قد جرى عليها الحكم المتقدم . فأبلغتها الحكومة المصرية إلى محافظ مصر ، وهذه أبلغتها إلى الجهات المختصة للعمل بها . ولكن الحكومة رأت بعد ذلك أن تقف العمل

باللائحة ، وأن تجرى في تركات غير المسلمين على مقتضى التشريعات المصرية
التي كانت سارية وقت ذلك إلى أن تصدر تعليمات أخرى .

وهنا تعرض مسألتان :

(١) هل كانت الحكومة المصرية تملك وقف هذه اللائحة مع أنها
واجبة السريان في مصر على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ؟

(٢) هل صدرت بعد ذلك التعليمات الأخرى الموعود بصورها في
منشور ٧ جمادى الأولى ؟

أما أن الحكومة المصرية كانت لا تملك وقف اللائحة إلا بالقدر الذي
تعارض فيه مع تشريع مصرى ، فهذا حق لا شك فيه . وقد بيناه تفصيلا
فيما تقدم . وقد حدث بالفعل أن صدر تشريع مصرى ، وقف من أجله العمل
باللائحة حتى يتبين ما إذا كان هناك تعارض ما بين التشريعين . والأستاذ
صليب باشا يحدثنا في مذكرته (ص ٩) أن الحكومة المصرية سارعت في
استصدار الأمر العالى بالتصديق على لائحة بيت المال ، وكان ذلك في
٢٩ ربيع الثانى سنة ١٢٨٢ ، أى بعد يومين فقط من تاريخ إبلاغ لائحة
تركات العيسويين من ناظر خارجية مصر إلى محافظ القاهرة .

فلا لائحة بيت المال هذه ؟ وإلى أى حد كانت أحكامها تعارض مع
أحكام لائحة تركات العيسويين ؟

لائحة بيت المال المشار إليها صدرت في ١١ ذى الحجة سنة ١٢٧٦ ، ولم
يصديق عليها إلا في ٢٩ ربيع الآخر سنة ١٢٨٢ . والنص الذى يعيننا هو

المادة ٣٢، ويقضى بأن « الذين يتوفون ويكونون من رعايا أو حمايات الدول الأجنبية المتحاربة والإيرانية والمغاربية والأرمن والروم من حماية ورعايا وأقباط هؤلاء لا يصير ضبط متروكاتهم بيت المال كما هو جارٍ إلا إذا كان يحضر عند الضبط غاطبات من ذواوين الحكومة بإيضاح الموجب للضبط... » (انظر أيضاً م ١٢ من ذيل اللائحة).

فترى من ذلك أن لائحة بيت المال خصت طوائف معينة بالألا تضبط تركاتهم في بيت المال إلا إذا صدرت أوامر بذلك من جهات الحكومة . ويلاحظ أن اختصاص بيت المال مقصور على توزيع التركة على الورثة الثابت ميراثهم شرعاً ، إذا كان فيهم غائب أو كان على التركة دين للحكومة أو كانت التركة كلها أو بعضها من حق بيت المال (انظر م ٢ من لائحة بيت المال والمادة ٨ الملغاة بالأمر المالى الصادر في ٢٣ سبتمبر سنة ١٨٨٨) . فإذا وقع نزاع على الميراث وجبت إحالته على المحكمة الشرعية .

فلائحة بيت المال إذن لا تتعارض مع لائحة العيسويين ، ولا تتعارض بنوع خاص مع الحكم القاضى بأن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ولنير وارث . وهى على كل حال قد ألغيت بإلغاء بيت المال بمقتضى دكره ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ .

وأبلغ من ذلك أن التعليمات الموعود بصورها في منشور ٧ جمادى الأولى ، وهو المنشور الذى وقف العمل بلائحة تركات العيسويين إلى أن تصدر هذه التعليمات ، قد صدرت بالفعل بأمر مال فى ٤ رمضان سنة ١٢٨٧ .

وقد جاء في هذا الأمر العالى ما يأتى :

« إنه في المهد السابق صدر منشور من الداخلية للأقاليم في سنة ١٢٧٣ بأن موارث العيسويين ومتركاتهم يترخص للأساقفة في مبيعها وفصلها على مقتضى قواعد دياتهم إذا رغبوا المدعين فصلها عندهم فإن لم يرغبوا ذلك وطلبوا فصلها بمعرفة الشريعة المحمدية فيصير إحابتهم إلى طلبهم وبالندالة والمذاكرة عن ذلك بالمجلس الخصوص رؤى حيث تبين من هذا أن بعض أرباب التركات العيسوية متشكيين من بطريكتهم ويريدوا إحالة فصلها على الشريعة المحمدية فلاجل فصل هذه المواد وإحقاق الحق يوافق إحالة هذه القضايا على المجلس المحلى وما يقتضى الحال للحكم فيه بالوجه الشرعى فيتحول من المجلس المحلى على المجلس العلمى الجارى انعقاده في مجلس الاستئناف لرؤيتها وفصلها به ويمتد فيه الحكم بمقتضى الأعلام الشرعى الذى يصدر عن ذلك » (جلد جزء ٥ الخاص بالأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص ١٤٣) .

ولستخلص من هذا الأمر العالى بوضوح تام أن منشور الداخلية الصادر في سنة ١٢٧٣ كان مؤكداً لأحكام المخطط الهمايونى وللأتمحة تركت العيسويين ، وأن الأمر العالى الذى نحن بصده يؤكد هو أيضاً منشور الداخلية ، ويشير بنوع خاص إلى أن الورثة غير المسلمين يشكون من قضائهم الملى ويؤثرون تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فيجب الحكم في قضاياهم بمقتضى هذه الأحكام .

إذن قد صدرت التعليمات الموعود بصورها ، ولم يعد هناك محل لوقف
لائحة تركات الميسويين ، لأن هذه التعليمات تؤكد أحكام اللائحة .
وإذن تكون لائحة تركات الميسويين واجبا سرياتها في مصر ، إذ لم
يصدر تشريع مصرى يلغىها أو يعدلها ، بل جاء الأمر العالى الصادر فى
٤ رمضان سنة ١٢٨٧ مؤكدا لأحكامها .

ثانيا — التقاليد القضائية

٢٣ — وقلنا أن الخط الهامونى يجب أن يفسر أيضا بما استقر من تقاليد
قضائية . فقد كانت المحاكم الشرعية فى تركيا تطبق هذا التشريع بكل دقة ،
وتنظر فى قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، وبخاصة فى الوصايا .
وهذا هو الأستاذ الكبير صليب ساسى باشا نفسه يحدثنا فى موضعين
من مذكرته كيف كان العمل جاريا على تدخل المحاكم الشرعية فى وصايا
المسيحيين . فيقول فى ص ١٠ : « ولما اضطربت الإدارة المركزية فى تركيا
على أثر الحرب بينها وبين روسيا ، وتراخت رقابة الباب العالى على
الولايات ، استبدت حكماها ببعض الطوائف المسيحية ، وبخاصة الطوائف التى
كانت روسيا تدعى حمايتها ، وجعلت من هذه الحماية سببا لشهر الحرب على
تركيا . فكانت حكام الولايات يوعزون للمحاكم الشرعية بالتدخل فى وصايا
المسلمين ، عملا بحرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨ ، بحجة أن مذكرات الباب العالى
الصادرة فى ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ لم تنص صراحة على الوصية » . ويقول فى ص

١١ : « وقد حدث بعد ذلك أن تدخل بعض المحاكم الشرعية في وصايا المسيحيين فاحتج على ذلك بعض الدول » .

٢٤ - ويقول المنفور له ثروت باشا في مذكرته التي سبقت الإشارة إليها (ص ٤٢) :

"L'histoire des communautés non-musulmanes depuis le Hatt est aussi digne, sinon plus, que leur histoire avant le Hatt, d'être prise en considération : c'est en effet cette histoire qui nous montre la véritable attitude prise par la Turquie vis-à-vis des Patriarches et acceptée par ceux-ci. Or, cette histoire accuse plutôt l'empiètement des Mehkémehs, juridiction de droit commun, sur les Patriarcats dans les affaires qui ont trait au mariage et qui dépendent des lois religieuses que la confirmation de la prétendue compétence exclusive des Patriarcats dans toutes les questions de statut personnel. L'histoire des Hautes circulaires est assez édifiante a cet égard

وسنرى فيما يلي كيف أن التحريرات السامية الصادرة في سنة ١٨٩١ ، والتي يشير إليها ثروت باشا في مذكرته ، لم تكن فضلا لإثارة هذا النضال الذي قام بين القضاء الملى لبعض الطوائف وبين المحاكم الشرعية ، وكانت هذه تطبق الخطط الهايوتى بدقة تامة كما قدمنا .

٢٥ - ويصف الأستاذ أحمد صفوت بك ، في كتابه في القضاء الملى (ص ١١) ، كيف أن المحاكم الشرعية كانت تتعرض للحكم في دعاوى الأحوال الشخصية لتغير المسلمين طبقاً لأحكام الخطط الهايوتى ، فيقول :
« فتمرضت المحاكم الشرعية للحكم في دعاوى بعض المسيحيين الخاصة بالزواج والطلاق والوصايا لاتجاه أحد الخصمين إليها ، أو لعدم اتفاقهما على

تحكيم البطريركيات . فتشكت من ذلك بطريركية الروم ، ثم بطريركية الأرمن ، فصدر منشوران وزاريان لاحقان للخط الهمايوني في ٤ رجب سنة ١٢٨٥ (٨ أكتوبر سنة ١٨٦٨) و ١٣ شوال ١٢٩١ (٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٤) بمنع المحاكم الشرعية من النظر في مواد الوصية والزواج والطلاق ، وما يرتبط بها كالمهر والنفقة ، على اعتبار أن هذه الدعاوى دينية وداخلة في اختصاص البطارقة من قديم الزمن (ab antiquo) لا بمقتضى الخط الهمايوني . وقال في موضع آخر (ص ٣٠) : « ولارتباطها (أى الوصية) بدعوى الميراث ، كانت المحاكم الشرعية تحكم فيها مع دعوى الميراث . فتضرر البطارقة جداً من تعرض المحاكم الشرعية لأمر الوصية ، لأنها كانت تبطل الوصايا للكنائس ، وتشكوا إلى الباب العالي من ذلك . فصدرت من الباب العالي تذكيرات في ٢٥ مارس و ٢٠ مايو سنة ١٨٨٤ بالرجوع إلى النظام القديم . ثم تكرر تدخل المحاكم الشرعية ، وتكرر تظلم البطارقة » .

أما إن تدخل المحاكم الشرعية يتكرر فهذا ممقول ، لأن هذه المحاكم كانت تتمسك في قضائها بأحكام الخط الهمايوني ، وهذه الأحكام تعطى بحق النظر في وصايا غير المسلمين . وهى أحكام قائمة لا يلغىها ولا يعدل منها منشوران وزاريان كالذين صدر في ٨ أكتوبر سنة ١٨٦٨ وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٤ ، ولا تذكيرات كاللتين صدرتا من الباب العالي في ٢٥ مارس و ٢٠ مايو سنة ١٨٨٤ . فإن الخط الهمايوني قانون لا يجوز تعديله إلا بقانون مثله . وسنرى فيما لى كيف أن هذه المنشورات لم تبق طويلاً ، بل عدت وزارة

العدلية إلى ألقائها بعشورات ممارسة .

٢٦ - ويصف الأستاذ يوننج في كتابه (جزء ٢ ص ٣) جهود الدولة العلية ، بعد أن أصلحت القضاء في سنة ١٨٧٩ ، في التسوية ما بين المسلمين وغير المسلمين في الأحوال الشخصية ، توحيداً للقضاء ما بين رعايا الدولة الواحدة ، فيقول :

Depuis la dernière réorganisation de la justice en 1879, on a pu remarquer une tendance marquée de la part de la S. Porte à restreindre autant que possible les juridictions privilégiées des Communautés non-musulmanes. On verra... les conflits auxquels cette politique a donné lieu et les résultats obtenus dans cette tentative d'assimiler les sujets ottomans non-musulmans aux musulmans en matière de statut personnel, comme cela a pu être fait en matière civile, en matière commerciale et en matière pénale.

(انظر أيضاً في هذا الموضوع يوننج ص ٢ ص ١٧ - ص ١٨ و ص ٧٨ - ص ٧٩ - سيزوستريس باشا ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤) .

٢٧ - فترى مما تقدم كيف كانت الدولة العلية حريصة جد الحرص على أن تنفذ الخطط الهمايوني بروحه ونصه ، وكيف كانت لا تفرط في هذا التطبيق الدقيق ، وإن كان هذا لم يمنعها من أن تصرف في مذكراتها السياسية في العبارات النامضة المطاطة حتى تمتنع تدخل الدولة الأجنبية في شؤونها . ثم نرى كيف سارت التقاليد القضائية على هذه الخطة الحازمة دون أن تنحرف عنها . وقد ثبتت المحاكم الشرعية على تطبيق الخطط الهمايوني ولائحة ٨ صفر سنة ١٢٧٨ و منشوري وزير العدل جودت باشا الذين سيأتى ذكرهما ،

وكلها تجمل الأحوال الشخصية لنير المسلمين من اختصاص المحاكم الشرعية، بما في ذلك الوصية . والمحاكم الشرعية في ذلك لم تكن إلا مترجمة للفقہ الإسلامي ، مهتدية بهديه . فقد علمنا أن الخط الهمايوني لم يكن إلا إصلاحاً لتقاليد قضائية خاطئة شاعت قبل صدوره ، ورجوعاً إلى الأحكام الصحيحة في الشريعة الإسلامية .

(٣)

التحريرات السامية

٢٨ - كان من البديهي أن تقاوم رجال الدين أحكام الخط الهمايوني التي سلبتهم امتيازاتهم الطائفية ، وعفت على هذه التقاليد البالية التي كانت سائدة قبل صدور هذا التشريع . وهي تقاليد إذا كانت تفسرها ظروف العصر الذي نشأت فيه ، فهي لم تعد ملائمة لمقتضيات تطور المدنية ، ولا متماشية مع سلطان الدولة ، ولا محققة لتوحيد القضاء بين رعايا الدولة الواحدة ، وهي فوق ذلك تصطدم مع أحكام الشريعة النراء .

لم يكن بد إذن من أن يقوم النضال عنيفاً بين الحكومة العثمانية ، وهي حريصة على تنفيذ أحكام الخط الهمايوني بالدقة الواجبة كما رأينا ، وبين رجال الدين من الطوائف غير الإسلامية يريدون هدم هذه الأحكام والرجوع إلى امتيازاتهم القديمة .

وقد وقفنا على طرف من هذا النضال فيما تقدم . والآن نوالى الحديث

عنه ، فنلم بالظروف التي ساقته إلى صدور التحريرات السامية في سنة ١٨٩١ ، وهي تحريرات كانت خاتمة نضال عنيف ، استطاعت على أثره طائفتان من الطوائف غير الإسلامية أن تسترد بعض امتيازاتها القديمة بقدر محدود . ولكن الخطط الهمايوني بالنسبة للطوائف الأخرى ، وبالنسبة لهاتين الطائفتين نفسيهما فيما عدا الامتيازات المحدودة التي استردتها ، بقي قائما يعمل بأحكامه إلى يومنا هذا .

٢٩ - كان الفرض من إصدار الخطط الهمايوني الرجوع بالتنظيم القضائي في الدولة العلية إلى حالة تنفق مع ما ينبغي أن تكون عليه دولة متمدينة تحرص على سلطانها وعلى توحيد قضائها . ولكن طائفتين من الطوائف غير الإسلامية تميزتا بمناصبه هذا النظام الجديد العداء واللد في خصومته ، وهما طائفتا الروم الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس .

أما الطائفة الأولى فقد نالت انتصارا وقتيا ، إذ صدر منشور وزاري - ليست له قوة القانون - في ٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ يرد إليها بعض امتيازاتها القديمة السابقة على الخطط الهمايوني ، وقد جاء في هذا المنشور ما يأتي : « أنه بناء على التقارير التي قدمتها بطريكية الروم بأن بعض القضاة يتدخلون في الدعاوى الدينية مثل الوصية وعقد الزواج وهدايا الخطبة وأمثالها ، وطلبت منع التدخل . وحيث أنه بحسب النظام الحالي تكون هذه الدعاوى الدينية حائثة على البطريركية ، ويمنع تدخل المحاكم الأخرى فيها » .

كذلك نالت الطائفة الثانية انتصارا وقتيا بمنشور وزاري آخر ليست

له قوة القانون ، صدر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٤ (انظر مجموعة جلاذ جزء ١ ص ٦٦١ - ص ٦٥٢) .

ولكن هذا الانتصار كان وقتيا كما قدمنا . إذ ما لبثت جودت باشا ، وقد كان وزيرا للعديلية في سنة ١٨٨٣ ، أن أصدر في تلك السنة منشورين وزاريين يثبت فيهما أحكام الخط الهمايوني ، ثم ماد وزيرا للعديلية في سنة ١٨٨٨ فأعاد إصدار هذين المنشورين بعد وقفهما . فثار رجال الدين على أثر ذلك ، ولجأوا إلى عقوبة الحرمان يوقعونها على الكنائس في تركيا ، (انظر في تاريخ هذا النضال يونج ص ١٦ - ١٧ و ص ٧٨ - ص ٧٩ - سيزوستريس باشا ص ٢٨٥) ، وبقي النضال محتدما حتى أصدرت الدولة العلية التحريات السامية الثلاثة التي تناولها الآن بالبيان .

٣٠- ويجب أن نلاحظ ، قبل أن نعرض لنصوص هذه التحريات السامية ، الظروف التي صدرت فيها ، فقد كانت الدولة العلية كارهة كل الكره أن يرجع للطوائف غير الإسلامية امتيازاتها القديسة . وإذا كانت قدرصيت ، تحت الضغط ، بأن ترجع بعض هذه الامتيازات لطائفتين منها ، فلا يجوز ، طبقا لقواعد التفسير الصحيحة ، أن تفسر النصوص التي أرجعت هذه الامتيازات بأي توسع ، بل يجب الوقوف عند المعنى المحدد الذي تقيده هذه النصوص ، فإن المشرع لم يكن يقصد إلا هذا المعنى . ونستعرض الآن التحريات السامية بأدثين بالتحريير السامي الصادر بشأن الروم الأرثوذكس .

٣١ - صدر هذا التحرير في جادى الثانية سنة ١٣٠٨ (٣ فبراير سنة ١٨٩١) ونقل من عباراته ما يعيننا في موضوعنا .

« أنه بناء على التقارير التى قدمتها بطريـكـخانة الرووم باستدعاء دوام حفظ امتيازاتها القديمة المذهبية فى شأن النفقة (تراخومة) والمهر المتولدة من عقد وفسخ النكاح ودعوى الجهاز بقصد إجراء القرارات التى تصدر من البطرـيـكـخانة كما كان ، وفى مادة الوصاية ، وأصول تفتيش مكاتب الروم ، وفى أمر تحليف الرهبان وفى توقيفهم ومحاكمتهم بناء على الأمور الجزائية ، فتطبيقاً لما صار تبليغه للبطريـكـخانة بتواريخ مختلفة . . . يقتضى مراعاة المعاملة القديمة فى رؤية دعاوى النفقة والتراخومة المتولدة من مواد عقد النكاح وفسخه ودعاوى الجهاز بالبطريـكـخانة متى كانت بالاستانة المليية وبالتروبولىدخانة متى كانت بالخارج ... » .

« أما مسألة الوصاية ، فهذه منع كونها من الأمور الحقوقية ، ولما كان أمر تدقيق المنازعات المتعلقة بها وتسويتها مما يقتضى النظر فيه بمجلس البطرـيـكـخانة المختلط كما هو مقتضى أحكام المادة الثالثة من نظامنامه البطرـيـكـخانة . . . فالوصاية التى تظهر بتركة من يعقب ورثة صغار أو كبار من المسيحيين ، متى كانت مصدق عليها من البطريرق أو من المتروبولىد أو البسقيوس تكون معتبرة بالمحكمة ، ومع استثناء الأراضى الأميرية والأوقاف فكل ما كانت مشتملة عليه من المال أو الملك يصير تركة للموصى لهنها بلا وضع يد عليه . وما يتوقع من المنازعات بين الورثة أو وصى الورثة

الصغار في شأن الوصاية أو فيما ينبعث عنها من جهة اعتبارها وعدمه ، فكما أنه ينبغي أن ينظر ذلك في مجلس البطريركخانة المختلط بالاستانة العليا بمقتضى المادة الثالثة من نظاماتها ، فكذلك ينظر في مجلس المتروبوليتخانة بالولايات . ويصير تنفيذ الأعلامات التي تصدر من المجالس المذكورة بدوائر الإجراء لدى الحكومة . غير أنه لما كان هذا القرار مائداً على طائفة الروم الأرثوذكس ، فإذا كان بعض الورثة منسوب لطائفة غير هذه الطائفة أو كان من التبعة الأجنبية . . . فالدعاوى المنبثقة من مثل هذه الوصاية يكون النظر فيها من خصائص محاكم الدولة العليا . ثم على ذلك كلام عن المدارس وعن عيين الرهبان وعما كتبهم .

(انظر جلد جزء ٥ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٥ - يونج جزء ٢ ص ١٩ - ص ٢١) .

٣٢ - ويتبين من هذه النصوص ما يأتي :

(١) إن هذا التحرير السامى أحكامه مقصورة على طائفة الروم الأرثوذكس دون غيرهم من الطوائف غير الإسلامية . فهو ينص بصريح العبارة على « أنه لما كان هذا القرار مائداً على طائفة الروم الأرثوذكس الخ الخ . . » .

(٢) إن المراد بهذا التحرير السامى إرجاع بعض « امتيازات قديمة مذهبية » . فلا بد إذن من التسليم بأن هذه الامتيازات القديمة كانت قد زالت ، ويراد إرجاعها من جديد . وهي بالفعل قد زالت بمقتضى أحكام الخط

المهايوني كما قدمنا ، ثم رجعت بمقتضى أحكام هذا التحرير .

(٣) لا يُرجع التحرير السامى من هذه الامتيازات ، فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ، إلا مسائل معينة حددت على سبيل الحصر . وهى مسائل النفقة والمهر والجهاز من جهة ومسألة الوصية من جهة أخرى .

(٤) أما مسائل النفقة والمهر والجهاز ، فقد كانت بمقتضى أحكام الحظ المهايوني تنظر أمام المحاكم الشرعية ، إلا إذا كان الخصوم من ملة واحدة وتراضوا على قضاء ملتهم . والذي استحدثه التحرير السامى فى ذلك هو أن تكون هذه المسائل من اختصاص القضاء الملى للروم الأرثوذكس ، إذا كان الخصوم جميعاً من الروم الأرثوذكس ، تراضوا على ذلك أو لم يراضوا .

(٥) أما مسألة الوصية ، فقد خصها التحرير السامى بنصوص غير تلك التى تناول فيها مسائل النفقة والمهر والجهاز . ونوه بأنها تختلف عن هذه المسائل فى أنها « من الأمور الحقوقية » ، أى من المسائل المدنية . ولكن هل جعلها ، بالرغم من ذلك ، من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى إذا كانت الورثة الموصى لهم جميعاً من الروم الأرثوذكس ؟ هذا هو الأمر المبهم فى التحرير السامى ، والمبارات التى وردت فى هذا الشأن تتحمل تأويلين :

التأويل الأول : أن القضايا الخاصة بالوصية أصبحت من اختصاص الإجبارى للقضاء الملى للروم الأرثوذكس ، تراضى الخصوم على ذلك أو لم يراضوا . فقد ورد فى التحرير المذكور أن « ما يتوقع من المنازعات بين الورثة أو وصى الورثة الصغار فى شأن الوصاية أو فيما يبعث عنها من جهة

اعتبارها وعدمه ، فكما أنه ينبغي أن ينظر ذلك في مجلس البطريركخانة المختلط الخ الخ .

والتأويل الثاني أن التحرير السامى لم يتناول الوصية إلا من ناحية الشكل وحده . فهو ينص على أن الوصية يجب أن يكون مصدقا عليها « من البطريق أو من المتروبوليد أو البسقيوس » حتى تكون معتبرة بالمحكمة ، أى المحكمة الشرعية ، فقضايا الوصية إذن يجب أن تبقى من اختصاص المحاكم الشرعية من ناحية الموضوع ، وتصبح من اختصاص القضاء الملى من ناحية الشكل (انظر من هذا رأى الدكتور حسن بغدادى في رسالته التى سبقت الإشارة إليها ص ١٥١) .

ونعيل للأخذ بالتأويل الثانى لظهور حجته ، ولأننا قدمنا أن التحريرات السامية التى صدرت فى سنة ١٨٩٥ يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً ، نظراً لما أحاطها من ظروف وما اقترن بها من ملايسات .

ومهما يكن من أمر ، فإن الأخذ بالتأويل الأول ، والقول بأن القضاء الملى للروم الأرثوذكس هو المختص وحده بقضايا الوصية ما بين الروم الأرثوذكس ، ليس معناه أن هذا القضاء فى نظره لصحة الوصية يجوز له أن يتخطى قواعد الميراث ، إذالم يتفق الخصوم جميعاً على تحطها . ذلك لأن هذه القواعد يجب أن تكون هى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى الخط الهمايونى ، مالم يتراض الخصوم على قواعد ملتهم . ولم يعدل تحرير ٣ فبراير سنة ١٨٩١ الخط الهمايونى فى مسائل الميراث ، فبقى هذا الخط سارياً . ومن

قواعد الميراث الأساسية في الشريعة الإسلامية أن يكون للوارث جزء من التركة لا تنفذ فيه الوصية *réserve légitime* ، وهذا الجزء هو ثلثا التركة ، فلا تجوز الوصية إلا في الثلث ولنير وارث ، وسنبين ذلك بتفصيل أوفى فيما يلي . لذلك ، يكون من المحقق أنه ، حتى لو سلمنا باختصاص القضاء إلى الروم الأرثوذكس بقضايا الوصية طبقاً للتحرير السامى ، يكون من الواجب على هذا القضاء أن يطبق هذه القاعدة الأساسية .

٣٣ - ثم يأتي التحرير السامى الثانى الصادر للأرمن الأرثوذكس في ٢١ شعبان سنة ١٣٠٨ (أول أبريل سنة ١٨٩١) . وننقل ما يعنيننا من نصوصه . « لما كان من مقتضى القرارات المتخذة طبقاً لما صار أجراءه من التوقيعات والمذاكرات فيما التسته بطريـكـخانة الأرمن من دوام المحافظة على امتيازاتها المذهبية »

« وإذا دعت الحال لإيقاف أحد الرهبان ومحاكـمـته ... فيجرى إيقافهم بالبطريـكـخانة ... ثم حيث أنه حاصل من الرهبان امتناع عن أداء اليمين ... » .

« ولما كانت أمور النفقات المتولدة عن مواد عقد الأنكحة وفسخها جارٍ رؤيتها من القديم *ab antiquo* بالبطريـكـخانة في الاستانة العلية أو بالرخصة خانة في الخارج ، فع مراعاة هذه المعاملة القديمة بمد الآن »

« وحيث كان من الأصول الجارية قديماً أن يصير الاستعلاء من البطريـكـخانة عن أرباب الموارث في دعاوهم التى تنظر لدى المحاكم الشرعية

فن الآن فصاعداً أيضاً تراعى هذه الأحوال .

(جلاد ٥ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٧ - يونيو ٢ ص ٩٢ - ٩٤).

٣٤ - ويستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

(١) إن تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ مقصور هو أيضاً على طائفة الأرمن الأرثوذكس ، فقد صدر هذا التحرير بشأنها ، وبناء على ما التمسته من « دوام المحافظة على امتيازاتها المذهبية » . وهو أيضاً رجوع إلى امتيازات قديمة كانت قد زالت بمقتضى أحكام الخط المهايوني .

(٢) مسألة الرهبان ، من حيث حلف اليمين أمام القضاء ، ومن حيث التحقيق معهم ومحاكمتهم ، قد تكررت في التحريرين الساميين ، وكانت من المسائل البارزة فيهما .

(٣) « الامتيازات المذهبية » التي أرجعها تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ للأرمن الأرثوذكس ، فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ، أضيق بكثير من تلك التي أرجعها تحرير ٣ فبراير سنة ١٨٩١ للروم الأرثوذكس ، وذلك من وجهين :

(أولاً) مسائل الأحوال الشخصية المحضة لم يرجع منها إلى الاختصاص الإلجباري للقضاء الملى غير مسائل النفقات . ولم يعرض تحرير أول أبريل لمسائل المهر والجهاز كما عرض تحرير ٣ فبراير ، فتبقى هذه المسائل الأخيرة ، بالنسبة للأرمن الأرثوذكس ، خاضعة كما كانت لأحكام الخط المهايوني ، أى أنها تكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا إذا كان المحصوم كلهم من الأرمن الأرثوذكس وتراضوا على قضاء ملتهم .

(ثانياً) مسائل الوصايا ، وهى التى تمنينا بوجه خاص ، لم يجعلها تحرير أول أبريل من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى للأرمن الأرثوذكس . وهذه مسألة جوهرية يبنى الالتفات إليها . فإذ زالت وصايا الأرمن الأرثوذكس من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا إذا اتفق الخصوم جميعاً على قضائهم الملى ، وذلك تطبيقاً لأحكام الخطط الهمايونى .

ولم يعرض تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ للوصايا أصلاً . وإنما عرض للموارث ، وعرض لها ليقرر ، من الناحية الإدارية المحضه ، إن الورثة يستعلم عنهم من البطريركخانه فى «دعاوهم» التى تنظر لدى المحاكم الشرعية . وهذا هو النص بأكمله نبيده ، وننقل ترجمته بالفرنسية لأهميته :

« وحيث كان من الأحوال الجارية قديماً أن يصير الاستعلام من البطريركخانه عن أرباب الموارث فى دعاوهم التى تنظر لدى المحاكم الشرعية ، فمن الآن فصاعداً أيضاً تراعى هذه الأحوال » .

“Les tribunaux du Chéri dans les affaires de succession, ayant, ab antiquo, pour règle de demander au Patriarcat des informations sur les héritiers, on continuera également à suivre désormais cette procédure.” (Young II b. 93).

فواضح أن المراد من هذا النص الرجوع إلى مادة قديمة ، هى أقرب ما يكون عندنا فى مصر إلى التحرى من جهات الإدارة عن الورثة قبل صدور أعلام شرعى بهم . وكانت المحاكم الشرعية فى الدولة العلية تطلب فى القديم هذه التحريات من البطريركخانه ، فأريد بها أن تمود إلى هذا الإجراء من جديد . وأما اختصاصها فى الموارث فلا شك فيه ، ويشهد به نص التحرير السامى نفسه إذ يقول «دعاوهم» التى تنظر لدى المحاكم الشرعية » .

ثبت إذن أن تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ لم يغير من أحكام الموارث شيئاً ، ولم يمرض للوصايا إطلاقاً . فلا زالت الموارث والوصايا بالنسبة للأرمن الأرثوذكس من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا إذا تراضوا على قضاء ملتهم .

٣٥ - هذا هو ما جاء في التحريرين الساميين ، وهو مقصور كما رأينا على طائفتي الروم الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس ، ولم يعم على غيرها من الطوائف غير الإسلامية . والتعميم المزعوم خطأ ذاع وانتشر ، حتى وقع فيه القضاء والتشريع ، وكان سبباً في الاضطراب الذي أحاط بهذا الموضوع . وقد كان لمحكمة النقض الفضل العظيم في الكشف عن هذا الخطأ الشائع وفي رد الأمور إلى نصابها في حكمها المشهور الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ .

ذلك أنه لما صدر التحريران الساميان المتقدمان الذكر ، أرسلهما الباب العالي لجهات الدولة ، مشفوعين بتحرير سام ثالث هذا نصه : « سبق تبليغ دولتكم القرارات المتخذة تأييداً لمحفوظية الامتيازات المذهبية الحائزة لها كل من بطريركسكفانة الروم والأرمن بمقتضى برآآت عالية ، وتوفيقاً لعالي منطوق الإرادة السنية الشاهانية التي صدرت بعد الاستئذان بما استنسبه مجلس الوكلاء المخصوص بقطعتي التحريرات العمومية الصادرتين في ٢٧ جمادى الآخر ٢١ شعبان سنة ١٣٠٨ . وحيث أن ما ينبغي مراعاته من التعهدات المذكورة وتعين بالتحريرات العمومية السالف ذكرها من جلب واستئطاق وتوقيف

الرهبان لأجل المواد الحقوقية والجزائية وتحليفهم اليقين عند الاقتضاء، ومن دعاوى النفقات المتولدة عن عقد وفسخ الأنكحة يكون بالطبع شاملاً لسائر الملل الغير المسلمة ، فقد استنسب إجراء المعاملات في مثل هذه الأحوال توفيقاً للأصول المذكورة ، وصار تبليغ ذلك للجهات الاقتضاء ، وهذا أيضاً لئولئك لإجراء مقتضاه .

(جلاد ٥ ص ٢٢٧ - والأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية لجلاد ص ١٩٦) .

ثم أبلغ الباب العالي مصر بهذه التحريرات السامية الثلاثة عن ماريق المعية السنية . وهذه أبلغتها إلى نظارة الداخلية في ٢٤ ذى القعدة سنة ١٣٠٨ بالعبارات الآتية .

« بناء على ما ورد من نظارة الداخلية بتاريخ ٤ شعبان سنة ١٣٠٨ ، بشأن ما حدث من الإشكالات في إجراء الأحكام المتعددة الصادر بها الإعلانات من البطريركخانة الأرمن الكاثوليك غياياً وحضورياً في الدعوى التي أقامتها الست روزينة بنت ماردروس ضد زوجها سليم فرج افندى القاضى بمحكمة طنطا الأهلية ، وطلب المخابرة مع جهة اللزوم لأجل الحصول على معرفة درجة الحدود الحائرة لها البطريركخانة فيما تصدره من الإعلانات والأحكام ، حتى بذلك تندفع للمشاكل الحاصلة في تنفيذها ، كتب من طرف الحضرة الفخمية الخديوية إلى نظارة المدنية الجليلة بما لازم في ذلك ، فوردت مكاتبتها بتاريخ ١٩ شوال سنة ١٣٠٨ ومعه ثلاث صور

مطبوعة من التحريرات السامية العمومية الصادرة بتوازي مج مختلفة في شأن الامتيازات المذهبية الخاصة بطريركخانة الروم والأرمن . وما تقرر في شأنها أخيراً ، وما يتعلق بحلب الرهبان للحاكم ، واستنطاقهم وتوقيفهم وتحليفهم على حسب دواعي الأحوال ، وما تقرر في دماوى النفقات بحيث أن ذلك يكون عمومياً في حق الجماعات النير المسلمين لآخذاها دستوراً للعمل في مثل هذه الأحوال . وما هي الصور المذكورة مرسلة مع هذا لصوب سعادتك لإجراء اللازم فيها حسب ما تقتضيه الحال : أفندم » ، جلد ٥ ص ٢٢٧ — والأحوال الشخصية للطوائف الإسلامية لجلد ١٩٦ ص ١٩٧ — والمعاهدات والقرمانات لجلد سنة ١٨٩٢ ص ١٤٥ :

ويتبين من هذه الإفادة الأخيرة أن السبب في تبليغ التحريرات السامية الثلاثة إلى مصر هو أن نظارة الداخلية المصرية طلبت من المعية السنية أن تستعلم من الباب العالي عن التشريعات العثمانية السارية على الطوائف غير الإسلامية بمناسبة قضية أثارت إشكالات معقدة . فلما استعلمت المعية عن ذلك ، أبلغها الباب العالي هذه التحريرات ، وبلغتها بدورها إلى نظارة الداخلية . ولكنها لم توضح تماماً ما الذى عمم بمقتضى التحرير السامى الثالث ، فقد ذكرت عبارة : « وما تقرر في شأنها أخيراً » مما يوم أن كل ما ورد في التحريرين الساميين قد عمم على الطوائف غير الإسلامية . ولكن العبرة بما ورد في التحرير السامى الثالث نفسه ، لا بالإفادة التى بلغ بها ، وهذا التحرير نجده واضحاً في معناه ، وأن المراد تعميمه

على جميع الطوائف غير الإسلامية هو الجزء الخاص يجب واستنطاق
وتوقيف الرهبان وتحليفهم المين ودعاوى النفقات ، أما الوصية فلم يرد
بشأنها أى تعميم .

ويقطع فى ذلك الترجمة الدقيقة للأصل التركى للإفادة الواردة من الباب
المالى إلى المعية السنية ، وقد وردت فى مذكرة النيابة (ص ٣٩) كما يأتى .
« وأن القرار الخاص — من القرارات المذكورة — بالأحوال اللازم مراعاتها
فى دعوة القسس يشتمل مسائل الجماعات غير الإسلامية . » : وترجمتها
بالفرنسية :

“... et généralisant aux autres communautés religieuses
non-musulmanes celles des règles contenues dans les dites
décisions ayant trait à la convocation des monies . . .”

(وانظر أيضاً نفس التحرير السامى الثالث مترجماً ترجمة دقيقة من
التركية إلى العربية والفرنسية فى مذكرة النيابة ص ٤٠ و ص ٢٩ ، وكذلك
إفادة المعية السنية لنظارة الداخلية المصرية فى ٢٤ ذى القعدة سنة ١٣٠٨
مترجمة ترجمة دقيقة من التركية إلى الفرنسية فى مذكرة النيابة ص ٣٠ ،
وقد وردت فيها هذه العبارة :

“... aux résolutions prises dernièrement au sujet de ces
privilèges relativement à la comparution des religieux . . .”

٣٣ — فالنصوص المربية التى نقلناها عن مجموعة جلاذ واضحة كل
الوضوح فى أن التعميم لم يتناول إلا مسألتى الرهبان والنفقات دون غيرها

من المسائل، ولم تدخل الوصية قطعاً في هذا التعميم. والأصل التركي للتحريير السامى الثالث هو أيضاً واضح كل الوضوح في هذا المعنى. فكيف وقع إذن هذا الخطأ الذى كانت له أوجع العواقب، وترتب عليه أن وقع القضاء المصرى والمشرع المصرى ذاته في نفس الخطأ، وشاع الاعتقاد أن التحريير السامى الثالث عم جميع الأحكام الواردة في التحرييرين الأولين، بما في ذلك أحكام الوصية، على جميع الطوائف غير الإسلامية؟

تجيب محكمة النقض على هذا السؤال بما يأتى: « فلما صدر هذان الأمران (أى التحرييران الساميان الأولان) للبتركتين المذكورتين، أرسلتا لجهات الدولة محرر من الباب العالى، ورد فيه: إن ما كان من الأحكام التى جاءت في هذين الأمرين متعلقاً يجب واستنطاق الرهبان وتوقيفهم (حبسهم) في المواد الحقوقية والجزائية وتحليفهم اليمين، وبدعاوى النفقات المتولدة من عقد وفسخ الأنكحة يكون بالطبع شاملاً لسائر الملل الغير المسلمة. ولم يرد في هذا المحرر الأخير شيء يجعل الحكم الخاص بالوصية، والوارد بالمحرر الأول الصادر لبطركانة الروم الأرثوذكس، عاماً أيضاً شاملاً لسائر الملل الأخرى الغير المسلمة. لكن الباحثين الذين تناولوا هذا الموضوع من قبل هم والمحاكم التى نظرت فيه، قد التبس عليهم الأمر بسبب سوء الترجمة من العربية أو من التركية للفرنسية، أذ بدّل أن يذكر في ترجمة محرر الباب العالى الأخير أن العام الشامل هو ما كان من الأحكام متعلقاً بكيت وكيت (relativement)، ذكر فيها خطأ أن العام الشامل هو الأحكام الوصية الواردة بتلك المحررات مثل كيت وكيت... (telles que). بهذه الترجمة السيئة صار

تعميم أحكام الوصية الواردة بالحرر الخاص ببطريركخانة الروم الأرثوذكس التي بالاستانة بين كل الطوائف غير المسلمة في كافة بلاد الدولة ومنها مصر . ولكن الحق أحق أن يتبع ، فإن أصل المحرر التركي الوارد من الباب العالي موجود بدفترخانة الديوان الملكي بمايدين ، وهو دال على أن أحكام الوصية تلك لم تعمم ، وأن الترجمة للفرنسية خاطئة .

(انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أحمد صفوت بك في كتابه قضاء الأحوال الشخصية للطوائف المالية ص ٣١ - ص ٣٢) .

٣٧ - فالفضل يرجع لمحكمة النقض في الكشف عن هذا الخطأ .

ومما يستحق الذكر أن محكمة النقض السورية في حكم لها صدر في ٢٧ يناير سنة ١٩٣٠ (جازيت المحاكم المختلطة ٢١ ص ١٤٣) وصلت في شأن هذا التعميم الخاطيء إلى نفس النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض المصرية ، وقد جاء في أسباب حكم محكمة النقض السورية ، نقلاً عن الجازيت ، ما يأتي :

"Attendu que, d'autre part, l'ordre viziriel ne visait que les testaments des Grecs et non ceux des autres chrétiens de l'Empire dont les contestations résultant de leurs testaments continuent à appartenir aux Tribunaux de l'Etat, tout comme les Grecs eux-mêmes quand tous les héritiers ne sont pas du même rite."

وكان من السهل على محكمة النقض السورية ، وهي تستطيع أن ترجع مباشرة إلى الأصل التركي ، ألا تقع في خطأ مصدره متف عندها ، وهو هذا التبليغ الصادر من المعية السنية وترجمته للفرنسية الخاطئة .

٣٨ - على أنه من السهل أن تقطع منطقياً بوقوع هذا الخطأ ، وبأن

التحرير الذى عمت أحكامه على الطوائف غير الإسلامية إنما هو التحرير الثانى الذى اقتصر على مسألتى الرهبان والنفقات ، دون التحرير الأول الذى تناول مسألة الوصية . إذ لو كان المراد تعميم أحكام التحرير الأول ، وهو يتناول مسائل الرهبان والنفقات والمهر والجهاز والوصية ، على جميع الطوائف غير الإسلامية ، لكان من غير المفهوم أن يصدر التحرير الثانى لطائفة الأرمن الأرثوذكس مقصوراً على مسألتى الرهبان والنفقات ، لأن هذه الطائفة كغيرها من سائر الطوائف تكون قد انتفعت بتعميم التحرير الأول ، وهو يرد إليها امتيازات مذهبية أوسع نطاقاً من الامتيازات التى يرد لها التحرير الثانى ، فلا تكون فى حاجة إلى هذا التحرير الأخير !!

٣٩ - يخلص لنا من كل ذلك النتائج الآتية :

١ - أن الخطط الهياكلية لا يزال هو القانون الأساسى للطوائف غير الإسلامية ، ولم تعدل أحكامه إلا بالنسبة لطوائف معينة وفى مسائل محدودة .
لجميع دعاوى الأحوال الشخصية لغير المسلمين - فيما عدا طوائف معينة -
هى كبنداً عام من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا إذا اتحدت ملة الخصوم ، وراضوا على قضائهم الملى .

٢ - ويستثنى من المبدأ المتقدم دعاوى النفقة ، فهى بالنسبة لجميع الطوائف ، بعد أن عمم تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ ، من الاختصاص الإيجابى للقضاء الملى ، متى كان الخصوم جميعاً من ملة واحدة .

٣ - ويستثنى أيضاً ، بالنسبة لطائفة الروم الأرثوذكس وحدها ،

دعاوى المهر والجهاز ، وكذلك الوصية (على خلاف فى رأى) . فهذه تدخل فى الاختصاص الإجبارى للقضاء للملئ للروم الأرثوذكس . على أن هذا القضاء ، إذا دخلت الوصية فى إختصاصه ، يجب عليه أن يجرى حكم القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولنغير وارث .

أما الطوائف التى صدر بتنظيم قضائها الملئ تشريعات مضرية فسيأتى الكلام عليها فيما لى .

٤٠ — هذه هى أحكام التشريعات العثمانية . ومنها نرى أن الوصية

بوجه عام تدخل فى إختصاص المحاكم الشرعية وتجرى عليها أحكام
الشريعة الإسلامية .

وهذه نتيجة يؤيدنا فيها كبار المؤلفين :

انظر يونج جزء ١ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢ (وهو يستعرض الطوائف غير الإسلامية ويقرر أن الوصية بالنسبة لأكثر هذه الطوائف تدخل فى إختصاص المحاكم الشرعية) .

وانظر جانسكى وهو معاصر للمهد الذى صدرت فيه هذه التشريعات العثمانية ، فلشهادته قيمة كبيرة فى هذا الصدد (وقد نقل أقواله الدكتور حسن بنداى فى كتابه المشار إليه ص ١٥٣) .

وانظر مذكرة المنفور له ثروت باشا ص ٤٤ .

وهى نتيجة تؤيدنا فيها أيضا البراءات الملوكية لتعيين البطارقة (انظر

مذكرة النيابة ص ٢٨ — ص ٢٩) .

الباب الثالث

الباب الثالث

التشريعات المصرية

التي تنظم القضاء المالى

٤١ — ننتقل الآن إلى التشريعات المصرية التي صدرت فى مسائل الأحوال الشخصية لتنظم القضاء المالى للطوائف غير الإسلامية .

وهذه يمكن تقسيمها إلى قسمين :

(١) تشريعات عامة . وهى التى وردت فى التقنينات المصرية وملحقاتها .

(٢) وتشريعات خاصة . وهى التى وردت فى القوانين الخاصة بالطوائف الملية .

(١)

التشريعات العامة

٤٢ — نجد هذه التشريعات فى لائحة ترتيب المحاكم المختلطة (م ٩٢
فقرة أولى) ، وفى التقنين المدنى المختلط (م ٤ فقرة أولى وم ٧٧-٧٨ وم ١٩٠)

ونجدها في لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (م ١٦ فقرة ٢ و ٣) ، وفي
التقنين المدني (م ٥٤ - ٥٥ و م ١٣٠) .

ثم نجدها في القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧ (م ٢٧ - ٢٩) ، وفي القانون
رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ (م ١ - ٣) .

٤٣ - وقبل أن نستعرض نصوص هذه التشريعات يجب أن نتقدم
بملاحظة جوهرية . فكل هذه النصوص لاشأن لها أصلاً بالتنازع الداخلي
ما بين قوانين الأحوال الشخصية في مصر . وهي لا تعرض إلا للتنازع
الدولي ما بين القانون المصري بوجه عام والقوانين الأجنبية .

هذه الملاحظة الجوهرية إذا لم تبسط بسطاً كافياً ، كان الخطأ في تفهمها
سبباً للأخطاء الكثيرة الشائعة التي نراها تحيط بهذا الموضوع . ولعل هذا
الخطأ ، هو والخطأ الآخر بشأن التعميم المزعوم لأحكام التحرير السامى على
جميع الطوائف غير الإسلامية ، هما مصدر الارتباك والاضطراب اللذين
صاحبا موضوعنا هذا مدة طويلة ، وجاوز هذا التشويش القضاء إلى التشريع ،
حتى أتى حكم محكمة النقض المشهور في سنة ١٩٣٤ ، فوضع حداً لكل هذا
الاضطراب ، واستقر التامل على أساس قانونى صحيح .

ذلك أن مصر ، ككل بلد آخر ، يتنازع قانونها مع القوانين الأجنبية
في الأفضية التي تنطوى على عنصر أجنبي . وهذا هو التنازع الدولي للقوانين .
وهو موضوع دراسة القانون الدولى الخاص .

ومصر في الوقت ذاته مسرح لتنازع من نوع آخر ما بين القوانين .

فأن القانون المصرى العام للأحوال الشخصية ، وهو الشريعة الإسلامية ، يتنازع معه فى التطبيق قوانين الأحوال الشخصية الأخرى للطوائف غير الإسلامية . وهذا هو التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . وقواعد هذا التنازع الداخلى ليست هى قواعد التنازع الدولى ، بل تختلف عنها فى كثير من الأحكام .

قواعد التنازع الدولى نجدها فى نصوص التشريعات المصرية العامة التى نحن بصدها . أما قواعد التنازع الداخلى فنجدها فى التشريعات الخاصة بالطوائف غير الإسلامية وهى التشريعات التى سيأتى بيانها فيما يلى .

ونستعرض الآن نصوص التشريعات العامة :

أولاً — التشريع المختلط

٤٤ — لا شك فى أن التشريع المختلط تظهر فيه صحة ما قدمناه بوضوح تام . فأن هذا التشريع أعد ليطبق على الأجانب من ذوى الامتيازات فى علاقاتهم مع المصريين وفى علاقاتهم بعضهم مع البعض الآخر . لذلك لا تعرض على المحاكم المختلطة قضية إلا وفيها عنصر أجنبى . ومتى وجد العنصر الأجنبى كان هذا مثاراً فى كثير من الأحوال للتنازع الدولى ما بين القوانين . فتكفل التشريع المختلط بإيجاد حلول رئيسية لهذا التنازع . وتقتصر هنا على ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية .

٤٥ — بدأ التشريع المختلط بتحديد نطاق الأحوال الشخصية لينخرج هذه المسائل من اختصاص المحاكم المختلطة .

فنصت المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على ما يأتى :

Ces tribunaux connaîtront seuls des contestations en matière civile et commerciale entre indigènes et étrangers de nationalités différentes, en dehors du statut personnel.

ونصت المادة ٤ من التقنين المدنى المختلط على ما يأتى :

Les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, au statut matrimonial, aux droits de succession naturelle ou testamentaire, aux tutelles et curatelles, restent de la compétence du juge du statut personnel.

وبلاحظ في هذا الشأن أمور ثلاثة :

١ — أن نطاق الأحوال الشخصية كما حدده التشريع المختلط هو النطاق الذى رسمه في دائرة التنازع الدولى للقوانين ، لا التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . وهناك فرق كبير بين النطاقين . والفضل في هذا التمييز الأساسى يرجع للدكتور حسن بنىدادى في رسالة قيمة وضعها في التمييز ما بين الأحوال الشخصية والأحوال المدنية في مصر ، وهى الرسالة التى أشرنا إليها فيما تقدم . فمباراة الأحوال الشخصية ، إذا استعملت في ميدان التنازع الدولى ما بين القوانين ، يكون لها معنى غير المعنى الذى يكون لها إذا هى استعملت في ميدان التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . وإذا قيل أن القضاء الملى يختص بنظر مسائل الأحوال الشخصية ، فإن هذه المسائل ذات مدى أضيق بكثير من المدى الذى يكون لمسائل

الأحوال الشخصية في ميدان التنازع الدولي . فالواريث والوصايا مثلا تدخل قطعاً ضمن مسائل الأحوال الشخصية في ميدان التنازع الدولي ، ولكنها تخرج عن هذا النطاق ، وتبقى في اختصاص المحاكم الشرعية ، إذا نحن عبرنا للتنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية .

(انظر رسالة الدكتور بغدادى ص ٣٦٩ - ص ٣٧٣).

(٢) أن التشريع المختلط عند ما ترك ما تركه من المسائل لقاضى الأحوال الشخصية ، لم يمتنع بذلك أنه ترك هذه المسائل للقضاء الملى ، بل لقضاء الأحوال الشخصية بوجه عام . وتتولى قواعد التنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية بمد ذلك تعيين أى القضائين هو المختص : القضاء الشرعى وهو القضاء العام للبلاد ، أو القضاء الملى وهو قضاء استثنائى .

(٣) بعد إذ رسم التشريع المختلط نطاق الأحوال الشخصية ، وأخرج هذه المسائل من اختصاص المحاكم المختلطة ، فجعل القانون الذى يطبق عليها هو القانون الشخصى ، عمد إلى التطبيقات المباشرة في موضوعين هما من أهم موضوعات الأحوال الشخصية : (١) للواريث والوصايا (٢) الأهلية .

٤٦ - وقد خصص التقنين المدنى المختلط للواريث الطبيعية المادة

٧٧ ، ونصها :

Les successions sont réglées d'après les lois de la nation à laquelle appartient le défunt. Toutefois, le droit de succession à l'usufruit des biens wakfis ou tributaires est réglé d'après la loi locale.

ويستخلص من هذا النص أن الواريث الطبيعية (succession ab intestat)

يطبق فيها قانون جنسية المورث. والمفروض كما قدمنا أننا بصدد تنازع دولي ما بين القوانين. فإذا مات فرنسي مثلاً، وطالب ورثته المقيمون في إنجلترا أحد المصارف في مصر بتسليم مال مورثهم المودع في المصرف، رافعين أمرهم إلى القضاء المختلط، فإن هذا القضاء، حتى يمتدح بالمدين ورثة شرعيين للتوفى، يتنازع أمامه عند التطبيق قوانين عدة: هل القانون المصري هو الواجب التطبيق على اعتبار أنه القانون الذي توجد فيه الأموال الموروثة، أو هو القانون الإنجليزي على اعتبار أن إنجلترا هي موطن الورثة، أو هو القانون الفرنسي على اعتبار أن المتوفى فرنسي الجنسية. فتجيب المادة ٧٧ أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية المورث، أى القانون الفرنسي. ولو فرض أن المتوفى مصري الجنسية (مسلم أو غير مسلم) كان الجواب أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري بوجه عام، دون أن تمرض المادة ٧٧ لتحديد أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الذى يجب تطبيقه، إذ لم ترد هذه المادة في صدد التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية. فإذا تحدد في المثل الذى قدمناه أن القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق، بقي بعد ذلك حتى نصل إلى حل نهائى، أن نعرف أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الذى يطبق: أى الشريعة الإسلامية باعتبار أنها القانون العام في الموارث، أو هو قانون طائفي؟ الجواب على ذلك نجده في جهة أخرى غير نص المادة ٧٧. نجده في التشريعات المعمول بها في مصر بشأن الأحوال الشخصية. فإذا كان هذا المصري مسلماً وجدناه في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، حيث تقضى هذه

اللائحة بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق . وإذا كان قبطيا أرثوذكسيا وجدناه في لائحة المجلس الملى للأنباط الأرثوذكس ، وهي تقضى ، بمفهوم المخالفة ، بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أيضا ، إلا إذا كانت الورثة جميعا من ملة واحدة وتراضوا على قضاء ملتهم ، فعند ذلك يكون قانون الطائفة الأرثوذكسية هو القانون الواجب التطبيق .

أما الاستحقاق في الوقف ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧ ، فالشريعة الإسلامية فيه قانون إقليمي واجب التطبيق دائما أيا كانت جنسية الواف ، أجنبيا كان أو مصريا ، وأيا كانت طائفته ، مسلما كان أو غير مسلم . وذلك لأن الوقف نظام لا تعرفه إلا الشريعة الإسلامية ، فوجب أن يخضع لها دائما ، هذا إلى أن المقار الموقوف يخضع لقانون موقعه . ونرى من ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٧٧ لا تعرض إلا للتنازع الدولي للقوانين ، ولا تحدد إلا القانون المصرى بوجه عام أو قانونا أجنبيا آخر بحسب الأحوال ، ولا شأن لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية .

٤٧ - وهذا هو الأمر بالنسبة للمادة ٧٨ من التفتين المدنى المختلط ، وهي التي تعرض للوصية ، ونصها ما يأتى :

La capacité de tester et la forme du testament sont réglées d'après la loi de la nationalité du testateur. En matière immobilière, les dispositions relatives à la résolution des droits de propriété, à raison de légitime réserve, quotité disponible etc. ne préjudicient pas aux tiers-acquéreurs et créanciers hypothécaires de bonne foi.

ويجب تفسير « الأهلية للإيصاء » (capacité de tester) تفسيراً واسعاً ، فتشمل الأهلية بمعناها الصحيح ، ثم تمتد إلى المدى الذى يستطيع الموصى أن يوصى به من ماله . وهذا ما يسمى « بالنصاب الذى تجوز فيه الوصية » (quotité disponible) . ومن هنا تبين أن الأهلية للإيصاء يندرج تحتها مسائل ليست من الأهلية فى شيء ، بل هى أكثر اتصالاً بالمواريث منها بالوصية . ويدل على صحة هذا التفسير أن المشرع المختلط أورد فى صدر « الأهلية للإيصاء » التى ذكرها فى الفقرة الأولى من المادة ٧٨ التحفظ الذى ذكره فى الفقرة الثانية من نفس المادة بشأن عدم نفاذ الوصية فيما جاوز النصاب . وفى حساب المشرع المختلط إذن تندرج مسألة النصاب تحت مسائل الأهلية للإيصاء ، وتفرد من بينها بحكم خاص ورد بهد الحكم العام الشامل لجميع مسائل الأهلية للإيصاء .

ونجى فى هذا التفسير تتفق مع الدكتور حسن بنى دى فى رأى ، فإنه يقول فى رسالته التى سبقت الإشارة إليها ص ٣٠٧ ما يأتى :

“Mais le législateur, peu soucieux du sens spécifiquement technique du mot 'capacité', lui a attribué une acception des plus compréhensives. C'est ainsi qu'il s'était suivi des termes 'capacité' de tester pour désigner la latitude de liberté dont dispose le testateur dans les limites déjà tracées par les règles impératives à la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté. Aussi lit-on dans le second alinéa du même texte qu'en matière immobilière les dispositions relatives à la résolution des droits de propriété, à raison de légitime réserve, quotité disponible etc. ne préjudicient pas aux tiers acquéreur etc.”

ويمكن القول بوجه عام أن المادة ٧٨ تعرض لمسائل الوصية جميعا .
وإذا كانت قد اقتصرت على ذكر مسألتين هما الأهلية والصيغة ، فقد رأى
المشرع أنه استنفد بهما جميع المسائل التي يسنه ذكرها ، فلم ير حاجة
لذكر الشروط الموضوعية الأخرى .

ويترتب على ذلك أن جميع مسائل الوصية تخضع لقانون جنسية الموصي
وفقاً لنص المادة ٧٨ . وهنا أيضاً يمرض النص للتنازع الدولي ما بين القوانين
ولا شأن له إطلاقاً بالتنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية . فيتمين
تطبيق القانون الفرنسى مثلاً إذا كان الموصى فرنسى الجنسية . أما إذا كان
مصرياً - مسلماً أو غير مسلم - كان القانون الواجب التطبيق هو القانون
المصرى بوجه عام كما قدمنا بشأن الميراث . ويجب بعد ذلك البحث في مكان
آخر عن أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية يكون واجب التطبيق .
فإن كان المصرى مسلماً ، وجب تطبيق الشريعة الإسلامية . وإن كان غير
مسلم ، وجب كذلك تطبيق الشريعة الإسلامية على النحو الذى سنبينه عند
استعراض التشريعات الخاصة بالطوائف غير الإسلامية .

٤٨ - ويخلص من ذلك أمران :

(١) أن حكم الوصية هو حكم الميراث من حيث القانون الواجب
التطبيق . ففي الحالتين يجب تطبيق قانون الجنسية . ومن هنا يتضح أنه ليس
ثمة فائدة من المناقشة التى دارت حول ما إذا كانت المادة ٧٧ مختلط (ويقابلها
م ٤٥ أهلى) تعرض للوارث والوصية معاً ، أو هى تقتصر على الوارث
وحدها ، ما دام الحكم واحداً فى الحالتين .

ولقد ذهب الأستاذ صليب سامى باشا فى مذكرته (ص ٤٩) إلى أن لفظ «الموارث» الوارد فى المادة ٥٤ أهلى (٧٧ مختلط) يشمل الموارث عامة ، أى الأثر الشرعى أو الطبيعى والأثر الإنشائى أو الوصية . وأورد للتدليل على صحة رأيه حججاً كثيرة لا نرى حاجة إلى متابعتها فيها . ويمكن أن نشير إلى ما قدمناه من أنه لو كانت المادة ٧٧ مختلط تتضمن الوصية من حيث الموضوع ، والمادة ٧٨ تتضمنها من حيث الشكل ، لكان الواجب أن يندرج الحكم الخاص بمجاوزة الوصية للنصاب تحت المادة الأولى لا المادة الثانية لأنه حكم موضوعى . والتريب أن الأستاذ صليب سامى باشا فى الوقت الذى يؤكد فيه أن لفظ «الموارث» يتضمن الوصية ، ينكر ذلك عند ما يمرض لتفسير نفس هذا اللفظ فى قانون المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس : على أن الخلاف بيننا وبين الأستاذ صليب باشا فى تفسير هذا اللفظ لا مائل تحته ، فنحن نقول معه أن القانون الواجب التطبيق على الوصية موضوعاً وشكلاً هو قانون جنسية الموصى . ولكننا نورد هذه القاعدة فى صدد التنازع الدولى ما بين القوانين لا فى صدد التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية .

(٢) مادام القانون الواجب التطبيق فى وصية المصرى ، مسلماً كان أو غير مسلم ، هى الشريعة الإسلامية ، فإن هذا يحمل مفهوماً ما ورد فى التقنين المدنى الأهلى من النصوص المتعلقة بمرض الموت (م ٢٥٤ - ٢٥٦) ، إذ تورد هذه النصوص حكم بيع المريض ، وهو نفس حكم الوصية ، وتجعل التطبيق عاماً على المسلمين وغير المسلمين مادام الموصى مصرى . أما التقنين

المدنى المختلط فنص في المادة ٣٣٣ على أن أحكام بيع المريض لا تطبق إلا على من يخضعون للثريمة المحلية . ومن حق هذا التقنين أن يورد هذا التحفظ ، لأن تطبيقه يتناول الأجانب ، وهؤلاء تخضع وصاياهم لقوانين جنسيتهم .

٤٩ — بقيت الأهلية ، وقد خصص لها التقنين المختلط المادة ١٩٠ ونصها

“ La capacité relative ou absolue est régiee par la loi de la nationalite à laquelle appartient la personne qui contracte.”

وهنا أيضاً يعرض النص للتنازع الدولى ما بين القوانين ، ولا شأن له بالتنازع الداخلى فيما بين قوانين الأحوال الشخصية . فإذا عرضت مسألة الأهلية أمام المحكمة المختلطة ، كما إذا كان الأمر متعلقاً بإعلان عقد لنقص الأهلية ، فإن القانون الواجب التطبيق ، وفقاً للمادة ١٩٠ ، هو قانون جنسية الماقد . فإن كان إنجليزياً مثلاً وجب تطبيق القانون الإنجليزى ، وإن كان مصرياً وجب تطبيق القانون المصرى . وهنا — لحسن الحظ — لا يوجد إلا قانون مصرى واحد لجميع المصريين ، هو قانون المجالس الحسينية المعروف . وقد تحقق توحيد القانون المصرى فى مسائل الأهلية ، فأصبح الأمر بالنسبة لهذه المسائل مقصوراً على التنازع الدولى للقوانين . وليس ثمة تنازع داخلى فيما بين قوانين مصرية متعددة .

ثانياً — التشريع الأهلى

٥٠ — قبل أن نستعرض نصوص هذا التشريع ، نلاحظ فى

شأنه أمرين :

(١) أنه جاء مطابقاً للتشريع المختلط مطابقة تكاد تكون حرفية . والسبب في ذلك أن المشرع المصرى لم يرد أن يكون قانون الأحوال العينية ، وهو قانون إقليمى بطبيعته ، مختلفاً إذا طبق على أجنبي عنه إذا طبق على مصرى . وقد كان أولو الأمر فى مصر يعتقدون عند إنشاء المحاكم الأهلية أنهم سيستفنون بها عن المحاكم المختلطة بمد شهر ثلاث أو أربعة . فتحل التقنينات الأهلية محل التقنينات المختلطة . ولذلك روى أن تكون تلك نسخة مطابقة لهذه ، حتى إذا حلت محلها لا يحس أحد أن تغييراً وقع . (انظر فى هذا الموضوع مقالاً نشرناه عن تنقيح القانون المدنى المصرى فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة السادسة ص ١٧) .

(٢) وهذه المطابقة الحرفية بقيت حتى فى النصوص التى تعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين ، وهى النصوص التى أوردناها فى التشريع المختلط . فكل نص منها نص مقابل فى التشريع الأهلى يكاد يكون مطابقاً له . وقد نتساءل ما بال المشرع الأهلى يعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين مع أن الأفضية التى تعرض على المحاكم الأهلية ليس فيها عنصر أجنبي ؟ ومن السهل الجواب على ذلك بما قدمناه من أن التقنين الأهلى أريد به أن يكون مطابقاً للتقنين المختلط للأسباب التى أشرنا إليها ، وبأنه ليس صحيحاً على إطلاقه أن الأفضية التى تعرض على المحاكم الأهلية تخلو دائماً من عنصر أجنبي . فهناك أجنبى يخضعون للقضاء الأهلى ، وهم الأجانب غير التابىين للدول ذوات الامتيازات . بل إن الأجانب ذوى الامتيازات أنفسهم قد تعرض بشأنهم أفضية تكون من اختصاص المحاكم الأهلية ، كما لو عرضت على المحكمة

الأهلية وصية فرنسي يكون الموصى له والورثة كلهم فيها مصريين ، فلي المحكمة الأهلية أن تطبق في هذه الحالة المادة ٥٥ من التقنين المدني الأهلي ، وهي التي تعرض للتنازع الدولي ما بين القوانين ، فتختار قانون جنسية الموصى وفقاً لهذا النص ، وهو القانون الفرنسي . ويمكن إيراد أمثلة أخرى كثيرة من أفضية أمام المحاكم الأهلية تتنازع فيها القوانين من الناحية الدولية ، كما إذا كان المال المتنازع عليه في بلد أجنبي ، أو كانت الواقعة القانونية أو العمل القانوني الذي قام بشأنه النزاع قد وقع في غير مصر .

لذلك يكون من المحقق أن النصوص التي وردت في التشريع الأهلي ، مقابلة للنصوص التي أوردناها في التشريع المختلط ، لا شأن لها هي أيضاً بالتنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، وإنما هي تعرض ، كالنصوص المختلطة تماماً ، للتنازع الدولي ما بين القوانين الأجنبية . أما التنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية فيبحث من قواعده في تشريعات الأحوال الشخصية ، وهي الخط الهياوئي والتحريرات السامية والقوانين الخاصة بالطوائف .

(انظر في هذا المعنى رسالة الدكتور حسن بن دادي ص ٢١٤ و ص ٢٢٠)
ولنتناول الآن النصوص الأهلية نصاً نصاً كما فعلنا في النصوص المختلطة .

٥١ — تعرض لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية (م ١٦) لتحديد نطاق الأحوال الشخصية على النحو الذي رأيناه في المادة ٤ من التقنين المدني

المختلط . والنطاق الذى حدته هذه اللائحة للأحوال الشخصية هو عينه النطاق الذى حدده التشريع المختلط . فقد نصت المادة ١٦ على ما يأتى :
« ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى . . . المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا فى مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ، ولا فى مسائل الهبة والوصية والموارث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية . ولا يجوز لها أيضا أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها » .

ورى من هذا النص أنه أكثر تفصيلا من النص المختلط ، إذ ذكر المهر والنفقة من ناحية ، وأضاف الهبات من ناحية أخرى . ولكنه لم يذكر الوصاية والقوامة مكثفيا بأن ما ذكره إنما جاء على سبيل التمثيل لا الحصر . ومهما يكن من أمر فإن المشرع الأهلى لم يرد أن يحدد للأحوال الشخصية نطاقا أوسع أو أضيق من النطاق الذى حدده المشرع المختلط . وهذا النطاق أخذه المشرع المصرى عن القانون الإيطالى ، وهو أوسع كثيرا من النطاق الذى رسمه القانون الفرنسى . وهو فى الوقت ذاته يختلف تماما عن النطاق المرسوم للأحوال الشخصية فى ميدان التنازع الداخلى ، إذ النطاق الأخير يقتصر كما قدمنا على الزواج وما يتصل به من مسائل كالهرم والجهاز والنفقة ، ولا يمتدى إلى الموارث والوصايا والأهلية . وقد سبق أن أوردنا هذه الملاحظات فى صدد التشريع المختلط .

ونلاحظ أخيرا أن المسائل التى أوردتها المشرع المصرى باعتبار إنها خارجة عن اختصاص المحاكم الأهلية لا تدخل حتما فى اختصاص القضاء الملى

بالنسبة لغير المسلمين . ولا أدل على ذلك من ذكر الوقف بين هذه المسائل . فمن المسلم أن الوقف إذا خرج عن اختصاص المحاكم الأهلية ، فهو لا يدخل في اختصاص القضاء الملى ، بل يدخل دائماً في اختصاص المحاكم الشرعية ، حتى بالنسبة لغير المسلمين من المصريين بل وبالنسبة للأجانب . كذلك الموارث من المسلم أنها تدخل في اختصاص المحاكم الشرعية حتى بالنسبة لغير المسلمين من المصريين . ويتبين من ذلك أنه يمكن القول بوجه عام أن المسائل التي خرجت من اختصاص المحاكم الأهلية تدخل في اختصاص محاكم الأحوال الشخصية دون تعيين محكمة بالذات . والنصوص التي تعرض للتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية هي التي تجمد المحكمة المختصة . وتكون عادة هي المحكمة الشرعية كمحكمة عامة للأحوال الشخصية ، وتكون في بعض الحالات الاستثنائية هي القضاء الملى بالنسبة للطوائف غير الإسلامية .

وقد عرض المشرع الأهلى - كما عرض المشرع المختلط - للتطبيقات الخاصة بالموارث والوصايا الأهلية .

٥٣ - فى الموارث نصت المادة ٤٠ من التقنين المدنى الأهلى على ما يأتى :

„Les successions sont réglées d'après le statut personnel du défunt. Toutefois, le droit de succession à l'usufruit des biens wakfs est réglé d'après la loi locale.“

ونلاحظ منذ الآن ، وقبل أن نورد النص العربى للمادة ، أن النص المقابل فى التقنين المختلط يقضى بأن الموارث تخضع « لقانون الجنسية » .

ولا يوجد أى فرق فى المعنى القانونى بين « قانون الأحوال الشخصية » (statut personnel du défunt) و « قانون الجنسية » (Lois de la nation à laquelle appartient le défunt) فإن قانون الأحوال الشخصية فى لنة القانون الدولى الخاص هو قانون الجنسية ، وكلاهما تسيير عن معنى واحد . بل أن التشريع المختلط نفسه استعمل عبارة « قانون الأحوال الشخصية » (statut personnel) ويريد بها « قانون الجنسية » (nationalité) فى المادتين ١٠ و ١١ من القانون التجارى المختلط .

فمن المحقق إذن أن المشرع الأهلى أراد أن ينقل حرفيا نص التشريع المختلط ، وأن المادة ٥٤ من التقنين المدنى الأهلى إنما تعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين كما هو شأن المادة ٧٧ من التقنين المدنى المختلط . فإذا كان المورث فرنسيا خضع ميراثه لقانون أحواله الشخصية وهو القانون الفرنسى . وإذا كان المورث مصريا خضع ميراثه لقانون أحواله الشخصية أيضا وهو القانون المصرى ، ثم يتعدد بعد ذلك أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الواجب التطبيق على النحو الذى شرحناه تفصيلا فيما تقدم .

ولعل المشرع الأهلى آثر عبارة « قانون الأحوال الشخصية » على عبارة « قانون الجنسية » ، لأن قانون الأحوال الشخصية ، إذا كان صاحب الشأن مصريا ، قد يكون الشريعة الإسلامية ، وقد يكون فى الحالات الاستثنائية قانونا طائفيا . فالتعبير « بقانون الأحوال الشخصية » ، يكون أكثر شمولاً لهذه الحالات الاستثنائية من التعبير بقانون الجنسية . وإلا فلا فرق بناتما

بين التعبيرين من الناحية القانونية .

إلى هنا والمسألة جلية واضحة . ولكن يعقدها بعد ذلك هذه الترجمة غير الدقيقة التي وردت في النص العربي للمادة ٥٤ . وهذا هو النص :

« يكون الحكم في الموارث على حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منفعة الأموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية »

فالنص العربي لا يقول « قانون الجنسية » كما قال التشريع المختلط ، بل لا يقول « قانون الأحوال الشخصية » كما قال النص الفرنسي للتشريع الأعلى ، وإنما يقول « قانون الأحوال الشخصية المختصة بالملة » . وهذه العبارة الأخيرة مبهمة تتحمل تأويلين : التأويل الأول هو أن المقصود بهذه العبارة قانون الملة نفسه في أحكامه الموضوعية . والتأويل الثاني أن المقصود بقانون الأحوال الشخصية المختصة بالملة هو القانون الذي ينظم القضاء الملى في مسائل الأحوال الشخصية ، فإذا كان المورث قبطيا أرثوذكسيا خضع ميراثه للقانون الذي ينظم قضاء ملته في الأحوال الشخصية ، وهو ذكرىتو سنة ١٨٨٣ ، ويقضى بأن الميراث يكون من اختصاص المحاكم الشرعية إلا إذا تراضى الورثة على قضائهم الملى .

وكل من التأويلين غير صحيح . والواجب الرجوع إلى الترجمة الصحيحة للنص الفرنسي ، فتكون الموارث خاضعة « لقانون الأحوال الشخصية » (statut personnel) أى لقانون الجنسية ، وهو القانون المصرى بوجه عام

أو أى قانون أجنبى ، إذ نحن فى صدد تنازع دولى ما بين القوانين ، فيقتصر النص على تعيين القانون المصرى إذا كان المورث مصرى ، ثم يتحدد بعد ذلك أى قانون هو الواجب التطبيق من بين قوانين الأحوال الشخصية المتنازعة ، فإذا كان المورث قبطياً أرثوذكسياً رجعنا إلى دكرينو سنة ١٨٨٣ وهو يقضى باختصاص المحاكم الشرعية إلا إذا تراضى الخصوم على قضاء ملتهم . ويتبين من ذلك أن هذا التفسير الصحيح يتفق فى النتيجة العملية مع التأويل الثانى الذى سبقته الإشارة إليه .

ومهما يكن من أمر فإن الواجب هو أن نقف عند الترجمة الصحيحة للنص الفرنسى ، لأن هذا النص هو الذى يبين عن غرض المشرع ، فلا يصح العدول عن هذا الغرض الواضح لخطأ وقع فى الترجمة . ويكون المقصود إذن من المادة ٤٥ هو إيجاد حل لتنازع دولى ما بين القوانين يحمل قانون الأحوال الشخصية (أى قانون الجنسية) هو القانون الواجب التطبيق فى الموارث . أما إذا قلنا بغير ذلك ، وذهبنا مذهب التأويل الأول ، فأخذنا بأن الموارث تخضع لقانون الملة فى أحكامه الموضوعية ، فأننا نكون بذلك قد اصطدنا مع النص الفرنسى ومع نص التشريع المختلط ، وأخرجنا المادة ٤٥ عما وضعت لأجله ، فعلى إننا نعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين ، وتقتصر على تعيين القانون المصرى بوجه عام دون أن تحد قانوناً معيناً من قوانين الأحوال الشخصية .

ونكون ، فوق هذا وذاك ، قد جعلنا التشريع المصرى يناقض بعضه

بعضاً . وذلك لأن المشرع المصرى كان ، قبل إصدار التقنين المدنى الأهلى بستة شهور ، قد أصدر لأئحة للأقباط الأرثوذكس ، وقرر فى المادة ١٦ من هذه اللائحة أن الميراث لا يختص به القضاء الملى إلا إذا تراضت الورثة على هذا القضاء ، وإلا فهو من اختصاص المحاكم الشرعية وتسرى عليه أحكام الشريعة الإسلامية . ومعنى ذلك أن الأصل فى ميراث غير المسلم هو أن يخضع للشريعة الإسلامية . فكيف يأتى المشرع المصرى بعد ذلك يضع شهور ويقرر أن ميراث غير المسلم يخضع لقانون ملته الموضوعى فيناقض نفسه !! وإذا قلنا أن التقنين المدنى نسخ لأئحة الأقباط الأرثوذكس ، فهل نسخت لأئحة الإنجليز والأرمن الكاثوليك الصادرتان فى سنئى ١٩٠٢ و١٩٠٥ التقنين المدنى إذ قررتهما أيضاً أن الميراث لا يخضع للقضاء الملى إلا باتفاق الخصوم !!

الحق أن المادة ٥٤ من التقنين المدنى الأهلى والمادة ٧٧ من التقنين المدنى المختلط لا تعرضان إلا للتنازع الدولى ما بين القوانين ، وتقتصران فى الميراث على تعيين القانون المصرى بوجه عام . أما المادة ١٦ من لأئحة الأقباط الأرثوذكس فعلى التى تعرض للتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، فتحدد الشريعة الإسلامية من بين هذه القوانين إلا إذا تراضت الورثة على قضاء ملتهم .

٥٣ - وما قلناه فى الميراث نقوله فى الوصية . فإن المادة ٥٥ من التقنين المدنى الأهلى تنص على ما يأتى :

« La capacité de tester et la forme du testament sont également régies d'après le statut personnel du testateur ».

وهذا هو النص العربي للمادة :

« وكذلك تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية ، وفي صحتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى » .

وقد ترجمت العبارة الفرنسية (statut personnel du testateur) خطأ بمباراة « الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى » ، كما وقع نفس هذا الخطأ في النص الخاص بالميراث على النحو الذى قدمناه . والترجمة الصحيحة هي « قانون الأحوال الشخصية للموصى » ، أى قانون جنسيته . فإن كان مصرياً كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى بوجه عام . وإن كان أجنبياً كان القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية هذا الأجنبي .

فالمادة ٥٥ لا تعرض هى أيضاً إلا للتنازع الدولى ما بين القوانين ، ولا شأن لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . فإذا أوصى قبطى أرثوذكس وجب ، وفقاً للمادة ٥٥ ، أن تخضع وصيته لقانون أحواله الشخصية ، وهو القانون المصرى بوجه عام . ثم يرجع بعد ذلك إلى نص آخر غير نص المادة ٥٥ لتحديد أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الواجب التطبيق . فيرجع إلى المادة ١٦ من لأئحة الأقباط الأرثوذكس حيث نجد أن الموارث - وتشمل الوصية كما سنرى - لا تكون من اختصاص القضاء الملى إلا إذا تراضى الخصوم على قضاء ملتهم ، وإلا

فهي من اختصاص المحاكم الشرعية وتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية.
٥٤ - أما في الأهلية فتتص المادة ١٣٠ من التقنين المدني الأهلي
على ما يأتي :

“ La capacité relative ou absolue est régiee par le statut personnel de la personne qui contracte”.

والنص العربي للمادة هو ما يأتي :

« الحكم في الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المعاهد ». وما قلناه في الميراث والوصية نقوله في الأهلية. فالترجمة الصحيحة هي « قانون الأحوال الشخصية » ، وهو قانون واحد لجميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، فلا محل هنا لتنازع داخلي ما بين قوانين متعددة كما في الميراث والوصية .

٥٥ - يخلص إذن مما قدمناه أن نصوص التشريع الأهلي المتقدمة الذكر لا شأن لها بالتنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، بل هي ، كنصوص التشريع المختلط ، متعلقة بالتنازع الدولي ما بين القوانين .

ثالثاً - تشريعات سنة ١٩٣٧

٥٦ - نفذت معاهدة موثوقه بمقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٧ ، وهو القانون المشار إليه في المادة الثالثة من المعاهدة ، وقد صدر بلائحة التنظيم القضائي الملحق نصها بالاتفاق .

وقد نصت المادة ٢٥ من لائحة التنظيم القضائي المذكورة على تحديد معنى كلمة « أجنبي » فيما يتعلق باختصاص المحاكم المختلطة . ويتبين من هذا النص أن الأجانب أنواع ثلاثة : (١) أجانب تابعون للدول الموقعة على معاهدة موترية ، وهؤلاء يخضعون في أحوالهم الشخصية للمحاكم المختلطة (أو لقنصلياتهم في فترة الانتقال) . ويخضعون في الأحوال العينية للمحاكم المختلطة إلا إذا قبلوا اختصاص المحاكم الأهلية . (٢) أجانب غير تابعين للدول الموقعة على معاهدة موترية وهؤلاء حكمهم حكم المصريين في الأحوال الشخصية والأحوال العينية . ويلحق بهم الأجانب التابعون لدول شرعية تحت الانتداب : سوريا ولبنان وفلسطين وشرق الأردن . (٣) أجانب تابعون للدول الموقعة على معاهدة موترية ، ولكنهم ينتسبون إلى ديانة أو مذهب أو ملة لها محاكم مصرية مختصة بمواد الأحوال الشخصية . وهؤلاء هم رعايا الدولة العثمانية القديمة ، من تونسين وجزائرين ومرراكشين وأرمن وأروام الخ الخ . وقد انتهت رعايتهم للدولة العثمانية باستقلالهم أو بتبعيةهم لدولة أخرى ، فهم إما من أهالي الدولة التي ينتسبون إليها حالا كالأروام ، أو من رعاياها كالجزائريين ، أو من الواقعيين في حمايتها كالمرراكشين . وهذا الفريق الثالث يظل خاصا في أحواله الشخصية لقضاء المحاكم المصرية المختصة بمواد الأحوال الشخصية في نفس الأحوال التي كانت مرعية في الماضي (le passé) (dans les mêmes conditions que dans م ٢٥ فقرة ٤ من لائحة التنظيم القضائي أو قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧) . فالأروام الارثوذكس من

الأجانب كالأروام الارثوذكس من المصريين يقون خاضعين كما كانوا في الماضي ، لقضائهم الملى فى الزواج وما يتصل به ، أما فى الموارث فيخضعون للمحاكم الشرعية إلا إذا اتفقوا على قضاء ملتهم ، وهذا وفقا للنخط الهمايونى ولتحرير ٣ فبراير سنة ١٨٩١ . والأرمن الارثوذكس من الأجانب كالأرمن الأرثوذكس من المصريين يقون خاضعين كذلك ، كما كانوا فى الماضى ، لقضائهم الملى فى الزواج ، أما فى الميراث والوصية فيخضعون للمحاكم الشرعية إلا إذا اتفقوا على قضاء ملتهم ، وهذا وفقا للنخط الهمايونى ولتحرير أول إبريل سنة ١٨٩١ . أما فى الأحوال العينية فيخضع هذا الفريق الثالث للمحاكم الأهلية إلا إذا دفعوا اختصاصها عنهم فيخضعون للمحاكم المختلطة (م ٢٥ فقرة ٥ من لائحة التنظيم القضائى) .

٥٧ - وقد نصت المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى (قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧) على القانون الواجب التطبيق فى الأحوال الشخصية للأجانب الخاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة ، فذكرت ، فيما ذكرته ، أنه يرجع فى الموارث والوصايا إلى قانون بلد المتوفى أو الوصى .

والمنى البدهى لهذا النص أنه إذا نظرت المحكمة المختلطة فى قضية ميراث أو وصية لأجنبى خاضع لاختصاصها فى أحواله الشخصية ، فإن القانون الواجب التطبيق على هذا الميراث أو على هذه الوصية هو قانون جنسية المورث أو الموصى .

فالمادة ٢٩ تعرض إذن للتنازع الدولى ما بين القانون المصرى والقوانين

الأجنبية ، ولا شأن لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية .
وهى تقرر نفس ما قرره المادة ٧٧ من التقنين المدنى المختلط بشأن الميراث
والمادة ٧٨ من هذا التقنين بشأن الوصية .

ولو فرض أن قانون بلد المتوفى أو الموصى هو القانون المصرى ، فإن
المادة ٢٩ لا شأن لها ، كما قدمنا ، بتحديد أى قانون من قوانين الأحوال
الشخصية المصرية هو الواجب التطبيق .

٥٨ - وبعد صدور قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧ بلائحة التنظيم القضائى ،
صدر فى نفس السنة عدة قوانين لتنفيذ نصوص هذه اللائحة . منها القانون
رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ ، وهو يعرض للفريق الثالث من الأجانب الذى أشرنا
إليه فيما تقدم ، ويكرر فى شأن المحاكم المختصة بنظر أحواله الشخصية ، نفس
الأحكام التى وردت فى لائحة التنظيم القضائى .

فتنص المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتى :

« تختص بمحاكم الأحوال الشخصية المصرية بالنظر فى المنازعات
والمسائل الخاصة بالأحوال الشخصية فيما يتعلق بغير المصريين إذا كان قانون
البلد الواجب التطبيق وفقاً لأحكام المادة ٣ قانوناً غير أجنبى » .

« ويظل الأجانب (سواء أكانوا من أهل الدول الأجنبية أم من
رعاياها أم من أهل البلاد الواقعة فى حمايتها) الذين ينتسبون إلى ديانة أو مذهب
أو ملة لها محاكم مصرية مختصة بمراد الأحوال الشخصية خاضعين لقضاء تلك
المحاكم فى هذه المواد » .

وظاهر أن هذا النص يكرر النص الوارد في المادة ٢٥ فقرة ٤ من لائحة التنظيم القضائي . وهو يشير ، كما قدمنا ، إلى رعايا الدولة العثمانية القديمة ، فيقيهم خاضعين ، كما كانوا في الماضي ، لمحاكم الأحوال الشخصية المصرية . وهذه المحاكم ليست بالضرورة المحاكم المالية ، بل قد تكون المحاكم الشرعية ، كما تكون المجالس الحسبية أو المحاكم الأهلية . وهذا ما تقوله المذكرة التفسيرية في هذا الصدد : « فبارة المحاكم المصرية للأحوال الشخصية لا يقصد بها المحاكم الشرعية والمحاكم المالية المتراف بها فحسب ، بل تشمل كذلك المجالس الحسبية والمحاكم الأهلية » .

فهذه المحاكم جميعا ، كما تختص بنظر الأحوال الشخصية للمصريين ، تختص كذلك بنظر الأحوال الشخصية للأجانب الذين كانوا من رعايا الدولة العثمانية ، لأن القانون الواجب التطبيق عليهم في أحوالهم الشخصية ليس قانوناً أجنبياً ، أى ليس قانون البلد الذى تنبم هذه الرعايا . (انظر المذكرة التفسيرية) . فالمراد كئى مثلاً ، وهو فى حماية الدولة الفرنسية ، لا يخضع للقانون الفرنسى فى أحواله الشخصية ، بل يخضع للشرعة الإسلامية ، أى لديانة لها عا كم مصرية مختصة بمراد الأحوال الشخصية ، وهى المحاكم الشرعية .

« ولما كانت المحاكم المصرية للأحوال الشخصية ، كما تقول المذكرة التفسيرية للقانون الذى نحن بصدده ، تطبق شرائع دينية ، فقد رؤى من الضروري أن يبين فى المادة الثالثة أن عبارة ' قانون البلد ' ليست قاصرة على القوانين الدنيوية » ، بل تشمل ، كما ينص القانون نفسه ، « كل قانون ديني

تطبيقه محكمة مصرية للأحوال الشخصية . « فتشمل الشريعة الإسلامية ،
والقوانين الطائفية المختلفة .

هذا هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ نراه مقصوراً على طائفة معينة من
الأجانب ، ولا شأن له بالمصريين . وهو — حتى في هذه الحدود الضيقة —
لا يبنى بتحديد اختصاص المحاكم المصرية للأحوال الشخصية إلا في جملتها ،
دون أن يبين أية محكمة من هذه المحاكم هي المختصة بالذات .

٥٩ — ويخلص من ذلك أن تشريعات سنة ١٩٣٧ لا شأن لها
أصلاً بالمصريين ، ولا شأن لها كذلك بالتنازع الداخلي ما بين قوانين
الأحوال الشخصية .

(٢)

التشريعات المصرية

الخاصة بالطوائف غير الإسلامية

٦٠ — يجب إذن أن نستبعد من موضوعنا — وهو التنازع الداخلي
ما بين قوانين الأحوال الشخصية — كل النصوص التي قدمناها مما ورد
في التشريعات العامة . فهذه لا شأن لها أصلاً بالموضوع ، وهي تتعلق
بالتنازع الدولي ما بين القوانين .

· أما التشريعات التي تتعلق بالتنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، وهي وحدها التي تمنينا ، فهي التشريعات المصرية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية . وهي كما قلنا نوزان :

(١) التشريعات العثمانية التي كانت سارية في مصر سنة ١٩١٥ ، واستبقيت بعد ذلك ، على أثر انقطاع العلاقة ما بين مصر والدولة العلية ، بمقتضى تشريع مصرى خاص هو القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ . ويقضى هذا القانون بإحفاظ الهيئات المترف بها من الباب العالي بمعاهدات أو فرمانات أو براءات ، والتي تستمد سلطتها من الأوامر العثمانية ، بولايتها مؤقتا إلى أن تنظم بقانون مصرى .

(٢) التشريعات المصرية التي نظمت القضاء الملى لطوائف ثلاث من الطوائف غير الإسلامية ، هي طائفة القبط الأرثوذكس وطائفة الإنجليكس وطائفة الأرمن الكاثوليك .

أما التشريعات العثمانية ، وهي الخط المهيأونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ والتحريرات السامية الصادرة فى سنة ١٨٩١ ، فقد بسطنا الكلام فيها بالتفصيل فيما تقدم . ويبق أن نستعرض التشريعات المصرية الخاصة بالطوائف الثلاث المشار إليها . ثم نستخلص من كل ذلك الحالة الراهنة للقانون المصرى فيما يتعلق بالقضاء الملى فى مسائل الأحوال الشخصية ، وبخاصة فى الوصية . موضوع هذه القضية .

أولاً - دكرتو سنة ١٨٨٣ الخاص بالأقباط الأرثوذكس

٦١ - صدر هذا الدكرتو في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ (٧ رجب سنة ١٣٠٠). وهو يصدق على اللائحة التي تنظم القضاء الملى لأكبر طائفة مصرية غير إسلامية، وهى طائفة الأقباط الأرثوذكس. وقد عدل هذا الدكرتو مرتين: الأولى بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ١٩١٢، والثانية بمقتضى القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٧. وهذا التعديل الأخير أخرج من اختصاص المجلس الملى جميع المسائل الداخلة فى اختصاص المجالس الحسية بمقتضى الرسوم بقانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥.

٦٢ - والذى يميننا من نصوص لائحة الأقباط الأرثوذكس هى المادة ١٦، ونورد نصها فيما يأتى:

« من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الداوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذى صار نشره مع قوانين الحاكم المختلطة ».

« إنما مسائل الموارث لا تنظر إلا باتفاق جميع أولى الشأن »

« »

« وعليه أيضاً ملاحظة قيد الوصايا بالسجل المد لها بالبركانة .

ولكى تكون مقيدة معمولاً بها، يلزم الختم على ما يسجل بحتم المجلس » .

ويؤخذ من هذا النص ما يأتى :

(أولاً) أن اختصاص القضاء الملى للأقباط الأرثوذكس مقصور على

الأقباط الأرثوذكس فيما بينهم (بين أبناء الملة) . فلو اختلفت الملة كانت المحاكم الشرعية هي المختصة .

(ثانياً) أن هذا الاختصاص يتناول مسائل الأحوال الشخصية كما هي واردة في كتاب قدرى باشا ، ولكن على التفصيل الآتى :

(أ) مسائل الزواج وما يتعلق به من مهر وجهاز وطلاق وعدة ونسب وفتنة وغير ذلك ، لا شك في أن القضاء الملى للأقباط الأرثوذكس مختص بها اختصاصاً إجبارياً ، تراضى الخصوم على اختصاصه أو لم يراضوا .

(ب) مسائل الأهلية والولاية والوصاية والحجر والقوامة ، لا شك في أنها لا تدخل في اختصاص القضاء الملى أصلاً ، وهي الآن من اختصاص المجالس الحسبية .

(ج) مسائل الموارث لا تدخل في اختصاص القضاء الملى إلا اختياراً ، أى إلا إذا تراضى الخصوم على هذا القضاء .

٦٣ - والواجب أن تفسر عبارة « الموارث » (successions) هنا تفسيراً يشمل الوصية . فيكون المقصود أن الوصايا لا تدخل هي أيضاً في اختصاص القضاء الملى إلا اختياراً ، أى إلا إذا تراضى الخصوم . فإذا لم يتم التراضى ، كانت الوصية من اختصاص المحاكم الشرعية ، وتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية .

ويؤيد ذلك الحجة الآتية :

(١) استعملت اللاحقة لفظ « الموارث » (successions) دون أن تميز

بين الموارث الطبيعية (succession ab intestat) والموارث الإيصائية (succession testamentaire). وهذا دليل على أن المقصود باللفظ يشمل النوعين. ويقطع في ذلك أن لأتحتي الإنجليين والأرمن الكاثوليك اللتين صدرتا بعد ذلك في سنتي ١٩٠٢ و ١٩٠٥ ذكرنا عبارة (succession ab intestat)، فقصرنا العبارة على الموارث الطبيعية، ولم يرد اللفظ بالتعميم الذي نراه في لأتحة الأقباط الأرثوذكس. فدل ذلك على أن للمشرع المصري في هذه التشريعات الخاصة بالطوائف، إذا أراد الاقتصار على الموارث الطبيعية استعمل عبارة (succession ab intestat). فإذا هو أطلق واستعمل لفظ «الموارث»، فذلك لأنه أراد التعميم دون تمييز بين الموارث الطبيعية والموارث الإيصائية.

(٢) وهناك سبب دفع المشرع المصري إلى أن يقتصر على الموارث الطبيعية في لأتحتي الإنجليين والأرمن الكاثوليك، بعد أن عمم اللفظ بحيث يشمل الموارث الطبيعية والإيصائية في لأتحة الأقباط الأرثوذكس. وذلك أن التحريرات السامية التي صدرت في سنة ١٨٩١ فهم منها خطأ، كما رأينا، أن ما ورد بشأن الوصية بالنسبة للروم الأرثوذكس قد عمم بالنسبة لجميع الطوائف غير الإسلامية. تحت تأثير هذا الخطأ اقتصر المشرع المصري، في سنة ١٩٠٢ بالنسبة للإنجليين وفي سنة ١٩٠٥ بالنسبة للأرمن الكاثوليك، على ذكر الموارث الطبيعية وهو في صدد الاختصاص الاختياري للقضاء الملى، متوها أن الموارث الإيصائية قد صارت من الاختصاص الإجباري لهذا القضاء. أما في سنة ١٨٨٣، أي قبل صدور التحريرات السامية التي

كانت مصدرا لهذا التعميم الخاطئ ، فإنه أطلق اللفظ في لأئحة الأقباط الأرثوذكس ، وذكر كلمة « الموارث » دون تمييز بين الطبيعي والإيصائي ، وجعلهما معاً من الاختصاص الاختياري للقضاء الملى ، لأن هذا هو حكم الخط الملهاموني الذي كان مطبقاً وقت ذلك .

والذي يلفت النظر أن المشرع المصري منحت له فرصتان لتعديل ذكرته سنة ١٨٨٣ ، وأولاهما في سنة ١٩١٢ والأخرى في سنة ١٩٢٧ ، وكان يستطيع في الفرصتين أن يقيد لفظ « الموارث » كما قيده في لأئحة ١٩٠٢ و ١٩٠٥ ، ولكنه لم يفعل . وهذا دليل قاطع على أنه أراد أن يترك اللفظ مطلقاً ليشمل الموارث الطبيعية والموارث الإيصائية .

(٣) ومما يؤكد هذا الرأي أن المشرع المصري ، بعد أن أطلق اللفظ واستعمل كلمة « الموارث » ، احتاط ، عندما عرض لوجوب اتفاق الخصوم حتى يصبح القضاء للملى مختصاً ، فاشتراط أن يكون « جميع أولى الشأن (tous les ayants droit) متفقين على اختصاص قضاء ملتهم . ولو كان يقصد أن يقصر لفظ « الموارث » على الموارث الطبيعية ، لكان الأقرب إلى الدهن أن يشترط رضاه « جميع الورثة » (héritiers) . ولكنه استعمل لفظاً أعم من لفظ « الورثة » ، حتى يتفق مع التعميم المقصود من لفظ « الموارث » ، فذكر « جميع أولى الشأن » حتى يندرج تحت هذا التعمير الورثة والموصى لهم على السواء .

(٤) لم تسكت لأئحة الأقباط الأرثوذكس عن الوصية ، بل عرضت لها ، وبينت اختصاص المجلس الملى في شأنها . وهو لا يبدو ، كما رأينا في

الفقرة الأخيرة من المادة ١٦ ، تسجيل الوصايا في السجلات الخاصة وختمها
بمجلس ، حتى تكون صحيحة شكلا . وما عدا ذلك من شروط الانعقاد
والصحة وجميع الأحكام الموضوعية الأخرى يجب أن يجري فيه حكم
الشريعة الإسلامية .

(٥) لا يوجد أى سبب منطقي يدعو للتمييز ما بين الموارث الطبيعية
فتجعل من الاختصاص الاختيارى للقضاء الملى ، والموارث الإيصائية
فتجعل من الاختصاص الإجبارى لهذا القضاء . وإذا كان المشرع المصرى
ميز فى سنتى ١٩٠٢ و ١٩٠٥ بين هذين النوعين ، فذلك راجع ، كما قدمنا ،
إلى هذا التمييز الخاطىء للتحرير السامى وهو التمييز الذى كان شائعا الاعتقاد
به فى ذلك العهد . وإلا فأن الأسباب التى تدعو لفصل الموارث الطبيعية
عن مواد الأحوال الشخصية ، فيجعل الاختصاص فيها اختياريا ، متوافرة
كلها فى الموارث الإيصائية . إذ للموارث كلها ، طبيعية كانت أو إيصائية ،
لا تندرج فى المسائل الدينية الروحية التى تقتضى أن يكون المجلس الملى هو
المختص بنظرها كما هو الأمر فى مسائل الزواج . والوصية للكائنات
والأديرة جائزة عند أبى حنيفة ، فلم بذلك لغير المسلمين الأغراض الدينية
التي قد يسعون لتحقيقها من طريق الوصية . ثم أن الميراث والوصية متلازمان
وكل منهما يكمل الآخر ، والفصل بينهما يخل بالتناسق الذى ينبغي أن يسود
قواعد انتقال المال بعد الموت . وقد رأينا — وسنرى بالتفصيل فيما لى —
أن القاعدة التى تقتضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث هى
تكملة ضرورية لقواعد الميراث . وليس من المصلحة فى شيء ، فى الوقت

الذى تسرى فيه على مواريث غير المسلمين قانون موحد هو الشريعة الإسلامية، أن تسرى على وصاياهم قوانين متنوعة متضاربة.

(٦) ويؤيد الرأي الذى نقول به، من أن لفظ 'الموارث' فى لائحة الأقباط الأرثوذكس تشمل الوصايا، القضاء والفقه فى مصر.

أما القضاء فالكثير من أحكامه على هذا الرأي: انظر استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ ب ١ ص ١٠١-١٨ أبريل سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٥٢ - ١٢ يونيه سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٦٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ١٤٠ - ٧ مايو سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ٢٨١. وسنمود إلى القضاء يبيان أوفى فيما على.

وحسبنا أن نستشهد فى الفقه برأى الأستاذ سيزوستريس باشا نفسه، وهو الذى لا يمكن أن يهمل بالتفريط فى حقوق القضاء الملى. فهو يقول فى كتابه عن البطريركيات ص ٣٠٨:

"Le décret du 14 mai 1883 pour les Coptes orthodoxes, tout en soumettant à la compétence exclusive des tribunaux patriarcaux toutes les matières du statut personnel proprement dit, comme l'ont fait après lui le décret du 1^{er} mars 1902 et la loi du 18 novembre 1905, ne distingue nullement, à la différence de ceux-ci, entre les successions testamentaires et les successions ab intestat, et ne soumet les questions qui les concernent à la juridiction patriarcale que dans le cas d'accord des parties intéressées. Il suit de là que les testaments, en ce qui concerne les Coptes orthodoxes, ne doivent relever de la compétence ecclésiastique que si toutes les parties

consentent à sa juridiction, malgré les dispositions contraires
contenues dans les Hautes Circulaires de 1891 postérieures
à ce décret, et ce, conformément à la thèse que nous avons
déjà soutenue.

ويشير الأستاذ سيزوستريس باشا في العبارة الأخيرة إلى أن التعديرات
السامية الصادرة في سنة ١٨٩١ لا تلغى تشريعاً مصرياً ، وذلك على اعتبار أنها
عممت الاختصاص الإجبارى في الوصية . والواقع أن الأستاذ ليس في حاجة
إلى هذه الملاحظة ، لأن هذا التعميم المزعوم لا ظل له من الحقيقة كما قدمنا .
٦٤ - يخلص من ذلك أن الوصية ، بالنسبة للأقباط الأرثوذكس ،
لا تدخل في اختصاص المجلس الملى إلا إذا كان الخصوم جميعاً من الأقباط
الأرثوذكس وتراضوا كلهم على قضاء المجلس الملى وعلى تطبيق أحكام ملتهم .
فإذا لم يتم هذا التراضى كانت المحاكم الشرعية هي المختصة ، ويجب تطبيق
أحكام الشريعة الإسلامية .

ثانياً - دكرتو سنة ١٩٠٢ الخاص بالطوائف الإنجيلية

ودكرتو سنة ١٩٠٥ الخاص بالأرمن الكاثوليك

٦٥ - نظم القضاء الملى للطوائف الإنجيلية بمقتضى الدكرتو الصادر
في أول مارس سنة ١٩٠٢ . ونظم القضاء الملى للأرمن الكاثوليك بمقتضى
الدكرتو الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٥ ، بالتصديق على لائحة المجلس الملى
لهذه الطائفة . ونبدأ بنقل النصوص التى تمنينا فى هذين التشريعين .
نصت المادة ٢١ من دكرتو سنة ١٩٠٢ على ما يأتى :

« يختص المجلس العمومى بسماع وفصل جميع المسائل المتعلقة بإدارة الأوقاف الخيرية أو بالأحوال الشخصية التى تقع بين كنائس إنجيلية أو بين إنجيليين وطنيين، وكذلك المسائل المتعلقة بهم فيما يتعلق بهذه المواد » .

« على أن هذا الاختصاص لا يتناول أية مادة من المواد التى لا يمكن الفصل فيها إلا بإحضار أشخاص غير إنجيليين أمام المجلس بصفة خصوم فى الدعوى، ولا مسائل الموارث الحالية من الوصية succession ab intestat إلا فى حالة ما إذا قبل الخصوم التقاضى أمام المجلس المذكور » .

والمادة ١٦ من دكرتو سنة ١٩٠٥ الخاصة بالأرمن الكاثوليك تطابق المادة ٢١ من دكرتو سنة ١٩٠٢ المتقدمة الذكر .

٦٦ - ويؤخذ من هذه النصوص ما يأتى :

(أولاً) ان اختصاص القضاء الملى لكل من طائفتى الإنجيليين والأرمن الكاثوليك مقصور على أبناء الطائفة ، وبشرط ألا تكون الخصومة بما لا يمكن الفصل فيه إلا بإحضار أشخاص من غير أبناء الطائفة بصفة خصوم فى الدعوى .

(ثانياً) أن هذا الاختصاص يتناول مسائل الأحوال الشخصية على التفصيل الآتى :

(١) مسائل الزواج وما يتصل به من مهر وجهاز وطلاق وعدة ونسب وفتقة وغير ذلك ، لا شك فى أن القضاء الملى مختص بها اختصاصاً إجبارياً ، تراضى الخصوم على هذا الاختصاص أو لم يتراضوا .

(ب) مسائل الأهلية والولاية والوصاية والحجر والقوامة ، لا شك في أنها لا تدخل في اختصاص القضاء الملى أصلاً ، وهى الآن من اختصاص المجالس الحسبية كما هو معروف .

(ج) مسائل الموارث الطبيعية (succession ab intestat) لا تدخل في اختصاص القضاء الملى إلا اختياريًا ، أى إلا إذا تراضى الخصوم على هذا القضاء .

(د) بقيت الموارث الإيصائية - الوصايا - وهذه لا تشملها طبعاً عبارة 'الموارث الطبيعية' (succession ab intestat) كما قدمنا عند الكلام في القضاء الملى للأقباط الأرثوذكس . فعلى تندرج إذن تحت عموم عبارة « الأحوال الشخصية » ، وتدخل في الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى .

٦٧ - ويبقى غريباً هذا التمييز غير المفهوم بين الموارث الطبيعية والموارث الإيصائية عند بعض الطوائف دون البعض الآخر . وكان الواجب ألا يميز بين هذين النوعين من الموارث ، عند أية طائفة ، لا من ناحية جهة الاختصاص ، ولا من ناحية القانون الواجب التطبيق . بل كان ينبغي أن تكون المحاكم الشرعية هي المختصة ، والشرعية الإسلامية هي الواجبة التطبيق عند الجميع ، حتى تتوحد جهة الاختصاص ويتوحد القانون في مسائل هامة كالموارث ، هي أقرب إلى نظام الأموال منها إلى نظام الأشخاص ، وهى على كل حال لا تتصل بالدين اتصالاً وثيقاً .

وقد قدمنا أن السبب في هذا التمييز الغريب ما بين النوعين من

الموارث عند طائفتي الإنجليين والأرمن الكاثوليك يرجع إلى هذا الخطأ الذي كان شائعاً من تعميم أحكام الوصية على جميع الطوائف غير الإسلامية. وبما يقطع في صحة ما ذهبنا إليه من أن هذا هو السبب أن المستشار القضائي في تقريراته السنوية يشير إلى ذلك إشارة صريحة.

فيقول في التقرير الصادر في سنة ١٩٠٠ (ترجمة عربية ص ٣٤):

« أنشئت طائفة الإنجليين الوطنيين بموجب فرمان همايوني في سنة ١٨٥٠، تعين بمقتضاه وكيل للطائفة، وخولت له سلطة محدودة فيما يختص بالإنجليين في المواد المختلفة بالأحوال الشخصية (الزواج والطلاق والموارث والوصاية الخ)، وعين وكيل لهذه الطائفة في القطر المصري بإرادة سنية في سنة ١٨٧٨، ولم تحدد سلطة هذا الوكيل حق التحديد. لكنها بما أصبحت الآن مقيدة بما تضمنه الخطاب الصادر في ٣١ يولية سنة ١٨٩١ من الديوان الخديوي القاضي بأن قواعد الاختصاص المقررة للبطريركخانه الأرمنية والبطريركخانه اليونانية بموجب المنشورين الصادرين من الباب العالي المنوه عنهما في هذا الخطاب يلزم اعتبارها بوجه عام سارية على جميع الطوائف غير الإسلامية. ويمكن هنا أن ألاحظ أن هذين المنشورين لم يكونا على ما يلزم من الدقة التامة من جهة الشكل القانوني، بل لم يكن بينهما تمام التوافق والملاءمة. ثم لم يلب ذلك تلخيص لأحكام ذكرته سنة ١٩٠٢، وكان في سنة ١٩٠٠ لا يزال مشروفاً.

فتحن نرى أن المستشار القضائي يقول بصريح العبارة أن التحرير

السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ عم أحكام التحريرين السامين اللذين صدر اقبله فى نفس السنة ، وأن هذا يشمل طائفة الإنجليين كما يشمل كل طائفة أخرى ، أى إنه يرد الخطأ الذى كان شائعا فى ذلك الوقت ، والذى بنى عليه ذكرىتو سنة ١٩٠٢ للإنجليين وذكرىتو سنة ١٩٠٥ للأرمن الكاثوليك . على أن المستشار القضائى لا يتالك من ملاحظة ما يحيط بالتحريرين السامين اللذين عمت أحكامهما خطأ من الإيهام والتموض ، وما بينهما من عدم التوافق والملازمة . ولكنه يقتصر على هذه الملاحظة ، دون أن يشير إلى موضع الخطأ .

وفى التقرير الصادر فى سنة ١٩٠٢ يعود المستشار القضائى إلى ذكر طائفة الإنجليين الوطنيين بمناسبة صدور الذكرىتو المنظم للطائفة فى نفس السنة . فيقول (ترجمة عربية ص ٣٧ - ص ٣٨) :

« تكلمت يعض التوسع فى تقريرى عن سنة ١٩٠٠ (ص ٣٤) على المسائل التى عرضت بسبب طلب الكنيسة المشيخية المتحدة المصرية تشكيل مجلس عمومى لها ، وخلصت أم أحكام المشروع الذى كان أعد وقتئذ على أثر المخبرات الطويلة التى جرت بناء على هذا الطلب . ولقد عرض المشروع المذكور من ذلك الحين على مجلس النظائر ثم على مجلس الشورى ، وأدخلت عليه تعديلات طفيفة لإجابة لرغائب هذا المجلس الأخير . ثم صدر به الأمر العالى فى أول مارس سنة ١٩٠٢ ، ونشر فى عدد ٢٢ من الجريدة الرسمية الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٠٢ وعلى أى حال فإن الأمر العالى المذكور تلافى ما كان يتظلم منه فى الماضى الإنجلييون الوطنيون ، وجعلهم فيما يحتص

بالمسائل الأساسية أسوة بأق الطوائف الوطنية المسيحية ، وما على الأفراد والكنائس ذات الشأن إلا أن تستفيد من قانون وضع في صالحهم » .

إذن فذكرتو سنة ١٩٠٢ لم يرد إلا أن يحمل الإنجليس إسوة بأق الطوائف الوطنية المسيحية . ولم يرد أصلاً أن يعيزم عن هذه الطوائف .

ولما كان شائماً في ذلك الوقت أن القضاء الملى للطوائف الوطنية المسيحية لها اختصاص إجبارى في مسائل الوصية بناء على هذا التعميم الخاطى الذى سبقت الإشارة إليه ، فقد أعطى المشرع طائفة الإنجليس ، ومن بعدهم طائفة الأرمن الكاثوليك ، اختصاصاً إجبارياً في مسائل الوصية . وهو لم يرد بعد إلا أن يسوى بين الطوائف غير الإسلامية . فإذا تبين الآن أن الطوائف غير الإسلامية ليس لها هذا الاختصاص الإجبارى ، وأن هذا الزعم خاطى ، سيكون من الجائز إبقاء هذا الاختصاص الإجبارى لطائفتى الإنجليس والأرمن الكاثوليك ، فتميز هاتان الطائفتان على غيرهما من الطوائف الأخرى ، في حين أن المشرع لم يرد إلا أن يسوى بينهما وبين هذه الطوائف مهد أن كاتتا دونها ؟؟

نظن أن الكلمة في هذا الأمر للمشرع قبل أن تكون للقضاء .

٦٨ - وهما يكن من أمر ، فإنه مع التسليم بأن الوصية تدخل في الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى بالنسبة لطائفتى الإنجليس والأرمن الكاثوليك ، لا يمكن القول أصلاً ، إن هذا القضاء الملى ، وهو ينظر في الوصايا ، يستتبع نفسه أن يخرق القواعد الأساسية للمبادئ طبقاً لما قررته الشريعة الإسلامية . فإن هذه القواعد يجب أن تبقى محترمة ، والآيحاد عنها ،

ما لم تتفق الخصوم على مخالفتها وتطبيق قواعد ملتهم . ذلك أنه من المتفق عليه أن أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث هي التي تطبق على غير المسلمين ما لم يراضوا على قانونهم الملى . ومن هذه الأحكام حكم أساسى لا يمكن إنغاله ، وهو الحكم القاضى بأن الوارث يحتفظ له بنصيب معين في التركة لا يمس وهو الثلثان *réserve légitime* ، وإن الوارث من جهة أخرى لا يستطيع أن يلتقى فوق نصيبه الشرعى في الميراث نصيباً آخر عن طريق الوصية .

فالقاعدة التي تقضى بأنه لا تجوز الوصية إلا في الثلث ولنغير وارث هي

من قواعد الميراث الأساسية على حسب التكييف القانونى المعروف في

الشريعة الإسلامية . و نتناول الآن هذه المسألة الهامة لنئين :

(أولاً) أن التكييف القانونى في مسائل الأحوال الشخصية ولو لنغير

المسلمين ، يجب أن تتبع فيه الشريعة الإسلامية .

(ثانياً) أن قاعدة عدم جواز الوصية في أكثر من الثلث ولنغير وارث

هي ، حسب التكييف القانونى للشريعة الإسلامية ، من قواعد الميراث

الأساسية ، بحيث تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث يجب أن

يطبق معها هذا الحكم الهام الجوهري .

٦٩ - (أولاً) : فلما أن التكييف القانونى في مسائل الأحوال

الشخصية يجب أن تتبع فيه الشريعة الإسلامية ، فهذا واضح لبينين :

(١) لأن الشريعة الإسلامية هي القانون العام للمصريين في مسائل

الأحوال الشخصية . فحيث لا يوجد نص خاص في قضية معينة يقضى

بتطبيق قانون طائفي معين ، وجب تطبيق الشريعة الإسلامية . وكثيراً ما تطبق هذه الشريعة على غير المسلمين كما رأينا .

(٢) لأن الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام كاملة في مسائل الأحوال الشخصية . وإذا رجعنا إلى « مختصر القواعد الأساسية في الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية » كما هي مذكورة في مجموعة جلاذ (الجزء الخامس : الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص ٣٩٩) ، نقرأ العبارات الآتية :

« إن الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام خصوصية دينية في شأن الولي والوصي والحجر والهبة والوصية واللقب وتصرفات المريض والموارث لأن المسيحيين يخضعون ديانة لأحكام ملوكهم في مثل هذه الأمور حيث كانت تلك الأحكام مطابقة لقواعد العدل والحق ، فتسرى إذن على المسيحيين العثمانيين شرائع ملكهم العثماني (حيث كانت مطابقة لقواعد العدل والحق) ، كما أن شرائع فرنسا وإيطاليا وإنجلترا تسرى في هذه المواد على المسيحيين القاطنين في كل من تلك الممالك . وعلى ذلك يرجع في المسائل التي نحن بصدها إلى القسم الأول من هذا الكتاب : كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية صحيفة ١٠١ وما يليها (وهذه هي أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل المشار إليها) . »

ويقول الأستاذ أحمد صفوت بك في كتابه عن القضاء الملى (ص ٥٥) :

« والطلاق هو المسألة الوحيدة التي ورد بصدها نص في الإنجيل في

قوله : وقيل من طلق امرأته فليعطها كتاب طلاق ، وأما أنا فأقول لكم أن

من طلق امرأته إلا لالة الزنا يجعلها ترضى، ومن يتزوج مطلقة فإنه يزنى » .
٧٠ - وفي معنى أن الشريعة الإسلامية هي القانون العام للمصريين في
الأحوال الشخصية، تقول محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في
٢٠ يونيو سنة ١٩٣٣ (جازيت ٢٤ ص ١٢٠ رقم ١١٢) :

“Les chrétiens d' Orient, gouvernés par des musulmans et vivant avec eux, ont été amenés insensiblement, mais irrésistiblement, à adopter leurs coutumes et à gouverner librement leurs rapports entre eux ainsi que leurs rapports avec les biens, par les règles que fournit le système juridique applicable dans les pays où ils vivent : le système de droit musulman Les communautés des sujets chrétiens elles-mêmes dans ce pays appliquent, pour la plupart, le droit musulman tout au moins dans la règle. Il échet de mettre en relief que les astreindre en matière de statut personnel à des règles civiles d'un droit déterminé imposé par la souveraineté locale n'est pas les astreindre à des convictions religieuses autres que les leurs Le droit civil régissant en Egypte les matières de statut personnel des sujets locaux, à quelque religion et à quelque rite qu'ils appartiennent, est celui du droit musulman rite hanefite, sauf lorsque les lois en vigueur en Egypte ont établi des exceptions, et sauf encore peut être, lorsque les Tribunaux constatant qu'un conflit intolérable se produit entre la loi du statut personnel applicable et un principe essentiel de la religion de l'intéressé dans une question qui n' a pas un caractère civil ou patrimonial”.

٧١ - وإذا أردنا أن نرد هذه المسألة إلى أصل من أصول القانون

الدولى الخاص، أمكن أن نقول إن مصر ذات نظام قانونى مركب

(système juridic complexe) ، ويعرف الأستاذ أرمانيون هذا النظام في كتابه في القانون الدولي الخاص (جزء أول سنة ١٩٢٥ ص ٩٥) على الوجه الآتي :

“Un système juridique complexe est un système juridique composé de plusieurs systèmes juridiques reliés par des règles de rattachement; des règles constitutives, des institutions juridictionnelles ou administratives communes qui en font comme un système de systèmes juridiques. Les systèmes juridiques ainsi combinés et coordonnés peuvent être dits conjoints; ils sont soit territoriaux, soit personnelles. Parmi les systemes conjoints, il s' en trouve un qui peut être dit dominant . . . par rapport aux systemes subordonnés. Le systeme juridique dominant est ainsi nommé parce que ses règles constitutives de qualification et de rattachement l'emportent, en cas de conflit, sur celles des systèmes subordonnés”.

(انظر أيضاً المؤلف المذكور ص ١٢٥ - ص ١٢٦).

فالدولة ذات النظام المركب تكون لها نظم قانونية متعددة . ومصر ، كما هو معروف ، تتمدد فيها النظم القانونية ، وبخاصة في الأحوال الشخصية . وبين قوانين الأحوال الشخصية المتعددة وجد قانون مسيطر ، هو الشريعة الإسلامية ، تجري قواعد التكيف على مقتضاها .

٧٢ - (ثانياً) : وننتقل الآن إلى إثبات أن القاعدة التي تقضى بأن

البوصية لا تجوز إلا في الثلث ، ولغير وارث تعتبر ، وفقاً لتكييف الشريعة الإسلامية ، من قواعد الميراث .

لا شك في أن القاعدة هي حلقة الاتصال بين الميراث والوصية . فعلى
تحديد أمرين جوهريين .

(١) النصاب الذى تجوز فيه الوصية (quotité disponible) ، فعلى
تتصل بالوصية من هذا الوجه .

(٢) القدر الأدنى من التركة الواجب إبقاؤه للوارث *réserve légitime*
فلا يجوز أن يقل هذا القدر عن ثلثي نصيبه في التركة كلها . والقدر الأعلى
الذى يجوز له أخذه ، فلا يصح له ، بصفته وارثاً ، أن يزيد ما يأخذه عما حددته
له الشرع من نصيب ، ولا يجوز للمورث أن يعطيه من طريق الوصية
أكثر من هذا القدر . فالقاعدة من هذا الوجه تتصل اتصالاً وثيقاً بالميراث ،
وتعتبر من أسسه الجوهرية .

فإذا صرح ما قلناه فإنه يعنى أمرين :

(١) إن التصوير القانوني الصحيح للوصية ، طبقاً لأحكام الشريعة
الإسلامية ، لا يكون في اعتبار الشيء الموصى به خارجاً من التركة يبدأ
بأخذه منها ، وما يبقى يكون تركة يتعلق بها حق الوارث ، كما يقول الأستاذ
صليب سامى باشا في مذكرته ، بل يجب أن يكون الأمر على العكس من
ذلك ، فيكون الموصى به داخلاً ضمن التركة ، ويكون كل من الموصى له
والوارث مستحقاً لنصيب في التركة ، هذا بقدر ما حددته إرادة الشارع ،
وذلك بقدر ما حددته إرادة الموصى . ومعنى ذلك أن الموصى له لا يتقاضى ديناً
من التركة ، بل يأخذ جزءاً منها . والفرق بين التصورين واضح .

(٢) وينبنى على هذا التصوير الصحيح أن زيادة الوصية على الثلث

والوصية لو ارث فيه إبطال لحق الورثة ، لأن الموصى له يكون قد أخذ جزءاً من التركة هو من حق الوارث .

٧٣ - فتي ثبت هذا التصوير القانوني في الشريعة الإسلامية ، وتبين أن الموصى له لا يتقاضى ديناً من التركة ولكن يأخذ جزءاً منها ، وأن هذا الجزء لا يجوز أن يزيد عن حد معين وإلا كان في هذا إبطال لحق الوارث ، وضح يجلاء أن القاعدة التي نحن بصدددها هي من القواعد الأساسية في الميراث ، إذ هي تعرض بطريق مباشر إلى تحديد التركة فتدخل فيها القدر الموصى به ، وإلى تحديد حق الوارث فتعتبر الزيادة على الثلث أو الوصية لو ارث إبطالا لحقه .

وها نحن نثبت الآن بالنصوص الصريحة من أمهات الكتب المعتمدة هذين الأمرين اللذين قدمناهما : أن الموصى له لا يتقاضى ديناً على التركة بل يأخذ جزءاً منها ، وأن الزيادة على الثلث أو الوصية لو ارث فيه إبطال لحق الورثة .

٧٤ - جاء في البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٥) :

« أما معنى تقدم الوصية على الميراث ، فليس معناه أن يخرج الثلث ويمزل عن التركة ، ويبدأ بدفعه إلى الموصى له ، ثم يدفع الثلثان إلى الورثة . لأن التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشراكة ، والموصى له شريك الورثة في الاستحقاق كأنه واحد من الورثة ، لا يستحق الموصى له من الثلث شيئاً قل أو كثر إلا ويستحق الورثة منه ثلثيه . ويكون

فرضهما معاً لا يقدم أحدهما على الآخر، حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعاً، ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقي، بل الهالك يهلك على الحقين، والباقي يبقى على الحقين، كما إذا هلك شيء من الموارث بعد الوصايا. بخلاف الدين فإنه إذا هلك بعض التركة وبقي البعض يستوفى كل الدين من الباقي. وإنما معناه أنه يحسب قدر الوصية من حصة التركة أولاً لتظهر سهام الورثة، كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولاً ليظهر الفاضل للمصيبة. ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى: يوصيكم الله في أولادكم للذكر إلى قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها، أى سوى ما لكم أن توصوه من الثلث أو ما لكم بالله بكذا، وتكون 'بعد' بمعنى 'سوى' والله تعالى عز شأنه أعلم.

ألا ترى فيما نقلناه عن البدائع أن الكاساني يحلل حق الموصى له في التركة تحليلاً دقيقاً، فيجعله جزءاً من التركة لا ديناً عليها، ويقول ذلك بصريح العبارة. بل هو يقارن بين التصويرين إذا هلك شيء من التركة، فالهالك لا يهلك على الدائن، ولكن يهلك على الموصى له والورثة جميعاً لأن « الموصى له شريك الورثة كأنه واحد من الورثة ». ثم يفسر معنى تقدم الوصية على الميراث بوجوب البدء بحساب قدر الوصية من حصة التركة « لتظهر سهام الورثة كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولاً ليظهر الفاضل للمصيبة »، أو أن المراد من قوله تعالى: من بعد وصية يوصي بها، إن أنصبة الورثة في الميراث قد أوصى بها الله سوى ما للمورث أن يوصي به من ثلث

التركة، فيكون الميراث وصية الله وإلى جانبها وصية المورث .

٧٥ - وهذا المعنى نفسه نراه في المبسوط (جزء ٢٨ ص ١١١) ،
فيقول السرخسي :

« الموصى له بالثلث شريك الوارث في التركة ، ولهذا يزداد حقه بزيادة التركة وينقص بنقصان التركة . ولا يقدم تنفيذ الوصية له على تسليم الميراث إلى الوارث لوجوبين ، أحدهما أن الاستحقاق ثبت له بمثل ما ثبت به الاستحقاق للوارث ، وهو السهم السابع المذكور ممن ذلك الإيجاب له ، فال ميراث للورثة مذكور في كتاب الله تعالى بذكر السهام والسدس والرابع والثلث ، فالوصية بالثلث والرابع والسدس تكون مثل ذلك . والثاني أن الإيجاب في الابتداء كان إلى الموصى للأقارب والأجانب جميعا ، ثم بين الله تعالى نصيب الأقارب في آية الموارث ، فبقى الإيجاب للأجانب في محل الوصية على ما كان إلى الموصى ، وهو بهذا الإيجاب يجعل الموصى له خليفة نفسه فيما سبى له لأن الوارث خلفته شرعا . ألا ترى أن الوصية بثلث المال صحيحة فيمن لا مال له في الحال ، فعرفنا أنه أثبت له الخلافة ، ثم ملك المال من ثمرات تلك الخلافة ، ولهذا كان وجوبها بالموت بمنزلة الوراثة » .

ثم يقول في هلاك ما يهلك من التركة على الموصى له والورثة جميعا (ص ١١٢) :

« أن المال بالموت صار مشتركا بين الوارث والموصى له . والأصل في المال المشترك إذا قوى منه شيء أن التاوى يكون من نصيب الشركاء

بالحصة ، والباقي كذلك ، لأنه ليس بمضهم بإدخال الضرر عليه بالتوى أولى من البعض الآخر .

فالمرحى يقرر هو أيضا أن الموصى له شريك الوارث في التركة ، فيزيد حقه وينقص تبعاً لزيادة التركة أو نقصها . وإذا هلك من التركة شيء هلك على الموصى له والوارث معاً . ويزيد بأن يعقد مقارنة طريقة بين الوارث والموصى له فيجعلهما سواء في خلافتهم للمورث ، هذا خليفة بإيجاب من المورث ، وذلك خليفة بإيجاب من الله . وكان الأصل أن الإيجاب يكون للمورث « للأقارب والأجانب جميعاً » . ولكن الله تعالى أوجب للأقارب (أى للورثة) بأن يبين أنصبتهم . فبقى إيجاب المورث للأجانب في محل الوصية (أى فيما لا يزيد على الثلث ولنير وارث) على ما كان .

هذه النصوص تقطع إذن في أن الموصى له لا يتقاضى ديناً على التركة ولكن يأخذ جزءاً منها ، ونكتفي بما أوردناه من النصوص ، وإلا فإن كتب الفقه ملأى بأمثالها .

٧٦ - وننتقل إلى النقطة الثانية ، وهى أن الزيادة على الثلث أو الوصية لوارث فيه إبطال لحق الورثة .

جاء في تكملة فتح القدير لقاضى زادة (جزء ٨ ص ٣٦٩) :

« عند الموت حق الورثة متعلق بماله في قدر الثلث . فالوصية بالزيادة

على الثلث تتضمن إبطال حقهم ، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم » .

وجاء في المبسوط (جزء ٢٩ ص ٢) :

« وإذا ترك الرجل ابنين فأوصى لأحدهما بنصف ماله ، فأجاز ذلك أخوه ، أخذ نصف المال بالوصية ، والباقي بينهما نصفان ، لأن الوصية بما زاد على الثلث والوصية لوارث إنما تمتنع بقوله لحق الورثة فإذا وجدت الإجازة فقد زال المانع » .

وجاء في المبسوط أيضا (جزء ٢٩) :

« فأما ما زلنا على الثلث لا يظهر فيه تقديم الوصية ، لأن حق الوارث فيه يجمع الوصية » .

وجاء في البدائع (جزء ٧٠ ص ٣٣٧) عند ذكر شرائط الوصية فيما يرجع إلى الموصي له .

« ومنها ألا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى ، فإن كان لا تصح الوصية ، لما روى عن أبي قلابة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه قال : إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث . وفي هذا حكاية ، وهي ما حكى أن سليمان بن الأعمش رحمه الله تعالى كان مريضا ، فعاده أبو حنيفة رضى الله عنه فوجده يوصى لابنيه . فقال أبو حنيفة رضى الله عنه أن هذا لا يجوز . فقال ولم يا أبا حنيفة . فقال لأنك رويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث ، فقال سليمان رحمه الله يا معشر الفقهاء أتم الأطباء ونحن الصيادلة . فقد نفي الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصا ، وأشار إلى تحول الحق من الوصية إلى الميراث على ما بينا فيما تقدم . ولأننا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة ، وفيه إبداء البعض وإحاشهم ، فيؤدى

إلى قطع الرحم وإنه حرام ، وما أفضى للحرام فهو حرام دفعا للتناقض .
وهنا أيضا نرى صاحب البدائع يملل منع الوصية للوارث تمايلين
متميزين : ففيه رعاية لحق الورثة ، إذ يمنع إبداءهم ، ويحول دون قطع الرحم
فيما بينهم . وفيه ملاحظة لتحول حق الوارث من الوصية إلى الميراث ، أي
أن صفة الوارثة تمتنع معها الوصية بعد أن تحول حق الوارث فلينجصر
في الميراث .

ويقول الكاساني أيضا في البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٥) :

أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه . وإن
لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما في المسلم والذي . وكذلك إذا
كان له وارث لكنه في دار الحرب لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة
وحقهم غير معصوم ، لأنهم لا عصمة لأنفسهم وأموالهم ، فلأن لا يكون
لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة أولى .

فالكاساني يملل امتناع الزيادة على الثلث بأن ذلك لحق الورثة ، حتى
لو أنه لا يوجد وارث جازت الوصية بكل المال . ولو وجد وارث في دار
الحرب كان كأنه غير موجود ، لأن حقه غير معصوم .

٧٧ — وحسبنا ما أوردناه من النصوص ، وهي تقطع في أن القاعدة
التي تقضي بأن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ولغير وارث هي بين القواعد
الأساسية في الميراث . بل أن القاعدة لم تقرر في الإسلام إلا في صدد حماية
حق الورثة . فقد « روي أن سمدة بن أبي وقاص رضي الله عنه وهو سمدة بن

مالك كان مريضاً ، فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله أوصي بجميع مالى ، فقال لا ، فقال بثلى مالى ، قال لا ، قال فبنصف مالى ، قال لا ، قال فثلث مالى ، فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير ، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس »
(البدائع جزء ٧ ص ٣٣٠) .

ونرى صاحب المبسوط ، بعد أن يتكلم فى الوصية ويفرغ منها ، يتكلم فى الميراث ، ويحمل من أبوابه بابا لحساب الوصايا حيث يتولى شرح أحكام تراحم الوصايا فى الثلث ، مما يقطع فى أن التصوير الفقهي للقاعدة التى نحن بصدها لا يمنع من أن تجمل بابا من أبواب الميراث .

٧٨ - وهذا هو نفس التصوير الذى نراه فى كتب الفقه الغربى ، حيث يتفق هذا الفقه مع الفقه الإسلامى فى إلحاق القاعدة بمسائل الميراث . ويقول الدكتور بن دادى فى رسالته (ص ٦٧ - ص ٦٨) فى صدد كلامه عن النظرية الإيطالية ما يأتى :

“ la compétence de la loi nationale est reconnue en matière de succession légitime, non seulement pour ce qui a trait à la désignation et à l'ordre des successibles, et aux parts qui leur sont dévolues, mais encore pour ce qui touche à la quotité disponible, a la réserve et au partage ... En faisant dépendre les successions légitimes de la loi nationale, le législateur italien était nécessairement amené à soumettre a la même loi la validité intrinsèque des dispositions testamentaires (art. 8 dispositions préliminaires du Code Civil). Les règles relatives à la validité intrinsèque, étant les règles impératives

qui constituent à la fois la limite et la garantie de l'autonomie de la volonté individuelle en matière de transmission des biens mortis causa, sont indissolublement liées au régime des successions."

٧٩ - وقد يعترض على ما قدمناه بأننا إذا ألحقنا بمسائل الميراث القاعدة التي تقضي بأن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ولنير وارث ، فما الذي يبقى من القواعد حتى يدخل في مسائل الوصية ؟

والاعتراض يسهل دفعه . فإن مسائل الوصية كثيرة ، منها شكلية تتعلق بصيغتها ، ومنها موضوعية تتعلق بأحكامها . ومن الأحكام الموضوعية يان ركن الوصية هل تتم بإيجاب أو لا بد فيها من القبول ، وأهلية الموصى بأن يكون من أهل التبرع ، ووجود الموصى له وقت الموت أو وقت الوصية ، وألا يكون الموصى به مجهولا جهالة فاحشة ، وجواز المدول عن الوصية قبل الموت ، وثبوت الملك في المال الموصى به ، وغير ذلك من الأحكام المعروفة المدونة في كتب الفقه وهي كثيرة .

٨٠ - أما أن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ولنير وارث ، فهي قاعدة من قواعد الميراث يجب على المجلس الملى احترامها والعمل بمقتضاها ، إلا إذا تراضى جميع الخصوم من ذوى الملة الواحدة على تطبيق قانون ملتهم ، كما هو الأمر في سائر قواعد الميراث . وإلى هذا تشير محكمة النقض في حكمها المشهور الصادر في ٣١ يونيه سنة ١٩٣٤ عندما تقول : « أنه مع تسليم كل الطوائف المسيحية ، بأن الموارث إنما هي من اختصاص الحاكم الشرعية وحدها ما لم يتراض الخصوم - هذا التسليم يقتضي حتما بطلان الوصية للوارث ، لأنه

إذا وجدت تركه فيها وصية لوارث ، ورفع الأمر فيها للقاضي الشرعي بخصوص الإرث كما هو الواجب ، لحكم في هذا الإرث طبقاً بمقتضى الشريعة الإسلامية ، ولأبطل الوصية للوارث » .

والواقع أن من المستحيل قانوناً أن تخضع تركه واحدة لأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث ، ولأحكام قانون طائفي يحجز الوصية في كل المال فيما يتعلق بالوصية . ذلك لأن خضوع التركة للشريعة الإسلامية في الميراث معناه أن الوارث يتخلص له ثلثاً نصيبه في التركة ، فإذا ما عرضت الوصية بكل المال على القضاء الملى وأجازها ، كان هذا أبطلًا لحق الوارث ، والقضاء الملى لا يملك ذلك إلا برضاء الورثة . فلم يبق إذن ، رفعا لهذا التعارض ، إلا أن يتقيد القضاء الملى باحترام حق الوارث ، فلا يحجز الوصية إلا في الثلث ولنير وارث .. وفيما عدا ذلك من أحكام الوصية ، مما لا يصطدم بأحكام الميراث ، يطبق القانون الطائفي .

٨١ - ولعل من المفيد في هذا الصدد أن نلفت النظر إلى المناقشات التي دارت في مجلس شورى القوانين بشأن المادة ٢١ من دكريتو سنة ١٩٠٢ الخاص بالإنجليين . إذ تقرأ في محضر جلسة ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠١ ما يأتي :

« تليث المادة الحادية والعشرون تقرر باتفاق الآراء ... أن يمدل من الفقرة الثانية من ابتداء (ولا مسائل الموارث إلى آخر الفقرة) بما يأتي : كما أنه لا يختص به النظر في مسائل الموارث إلا في حالة ما إذا قسم المورث التركة قبل موته بوصية مستوفية شرائطها المعروفة ، أو إذا

رضى جميع المحضوم بالتقاضى أمام المجلس المذكور ٥ . (انظر مجموعة محاضر جلسات مجلس شورى القوانين ١٩٠٠ - ١٩٠٣ ص ٦٠ - ٦١).

فجلس شورى القوانين اقترح أن يخرج الوصية من الاختصاص الإلجبارى للقضاء الملى للأبجاليين ، ولا يستبقى منها فى هذا الاختصاص إلا -
وصية قسم بمقتضاها المورث التركة قبل موته .

ولو أقر اقتراح مجلس الشورى لكان فى ذلك خطأ كبير . إذ يستطيع الأبجالي بمقتضى هذا النص المقترح أن يقسم تركته على ورثته ، فيعطى ما يشاء لمن يشاء ، كما هو نص قانونهم الملى ، أى أنه يستطيع حرمان بعض المورثة وإعطاء البعض الآخر أكثر من نصيبه الشرعى .

وكان الأفضل أن تترك مسائل الوصية جميعها للاختصاص الإلجبارى للقضاء الملى ، حتى لا يفهم من تخصيص مسألة مسينة ، هى بالذات التى تتعارض مع القاعدة التى نحن بصدددها ، أن المشرع أراد إباحة المخالفة لهذه القاعدة .
فإذا ما اختص المجلس الملى بجمع مسائل الوصية ، أصبح ميسوراً أن يطلب منه ألا يطبق من القواعد ما يصطدم مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث على النحو الذى قدمناه .

وهذا هو ما حدث بالضبط . فإن اقتراح مجلس الشورى لم يقبل .
وصدر نص المادة ٢١ كما هو دون تعديل . فأصبحت جميع مسائل الوصية داخلة فى الاختصاص الإلجبارى للمجلس الملى ، ووجب أن يراعى هذا المجلس عند النظر فى الوصايا ألا يصطدم مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث .
٨٢ - أما الطائفة الأخرى التى أدخلت الوصية فى اختصاص قضائها

الملى ، وهى طائفة الأرمن الكاثوليك ، فن الميسور أن يطالب مجلسها بالآلا يصطلم عند نظر الوصية بأحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، لأنه يطبق فعلا أحكام الشريعة الإسلامية فى الموارث والوصايا (انظر فى ذلك مجموعة جلاذ جزء ه فى الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص ٣٩٩ - أحمد صفوت بك فى كتابه عن القضاء الملى ص ٩١) .

٨٣ - يخلص إذن من كل ما تقدم أن الطائفتين اللتين تركت الوصية فى اختصاص قضائهما الملى ، وهما طائفتا الأنجليكان والأرمن الكاثوليك ، إذا أضيفت إليهما طائفة الروم الارثوذكس بفرض أنها هى أيضا حصلت على اختصاص قضائهما بالوصية ، وجب أن يلتزم القضاء الملى لهذه الطوائف الثلاث ، عند النظر فى الوصايا ، بالآلا يصطلم بأحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، فيراعى القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولنير وارث .

(٣)

الحالة الراهنة للقانون المصرى

فما يتعلق باختصاص القضاء الملى فى مسائل الوصية

٨٤ - وقد آن أن نستخلص من كل ما قدمناه الحالة الراهنة للقانون

المصرى فيما يتعلق باختصاص القضاء الملى فى مسائل الوصية ، وهى موضوع قضيتنا .

يمكن تقسيم الطوائف غير الإسلامية في مصر — من حيث اختصاص القضاء الملى بنظر قضايا الوصية — إلى قسمين :

(أ) طوائف الروم الأرثوذكس والانجيليين والأرمن الكاثوليك :

وهذه يختص قضاؤها الملى اختصاصا إجباريا — على خلاف في الرأي بالنسبة للروم الأرثوذكس — بنظر قضايا الوصية ، والطائفة الأولى بمقتضى التحرير السامى الصادر في سنة ١٨٩١ ، والطائفة الثانية بمقتضى دكرتو سنة ١٩٠٢ ، والطائفة الأخيرة بمقتضى دكرتو سنة ١٩٠٥ . ولكن لا يجوز للقضاء الملى في هذه الطوائف الثلاث ، عند نظر الوصايا ، أن يصطدم بأحكام الشريعة الإسلامية في الميراث على النحو الذى قدمناه .

(ب) الطوائف الأخرى بما في ذلك طائفتا الأقباط الأرثوذكس

والأرمن الأرثوذكس : وهذه الطوائف جميعا لا يختص قضاؤها الملى بنظر الوصية إلا اختصاصا اختياريا . فإذا لم يتراض الخصوم من الملة الواحدة على القضاء الملى كانت الوصية من اختصاص المحاكم الشرعية ، ووجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا هو ما يقضى به الخط المهادنى الصادر في سنة ١٨٥٦ (وهو لا يزال واجب التطبيق في مصر بمقتضى تشريع سنة ١٩١٥) . وما يقضى به كذلك دكرتو سنة ١٨٨٣ بالنسبة للأقباط الأرثوذكس .

٨٥ — هذه هي الحالة التي أمانة للقانون المصرى بشأن اختصاص القضاء الملى بالنظر في مسائل الوصية . وقد استعرضنا الطوائف غير الإسلامية

بطاقة طائفة ، وأيدنا ما قررناه في شأنها بالنصوص القانونية والسوابق التاريخية .

ويستخلص مما قدمناه أن وصية غير المسلم لا تجوز إلا في الثلث ولنير

وارث ، سواء أكانت داخلة في اختصاص القضاء الملى وهذا هو النادر ،

أم كانت داخلة في اختصاص المحاكم الشرعية كما هو الغالب .

الباب الرابع

الباب الرابع

أحكام القضاء المصرى

فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين

٨٦ — لم يكن القضاء المصرى مضطربا مستقرا على معنى واحد . فقد اضطرب هذا القضاء ، وتنقل من رأى إلى آخر ، حتى استقر أخيراً على الرأى الذى قضت به المحكمة العليا فى سنة ١٩٣٤ .

ويمكن القول بوجه عام أن القضاء المصرى بدأ أول الأمر يفسر الخط الهاميونى تفسيراً صحيحاً . فيقرر أن القضاء الملى فى الأحوال الشخصية قضاء اختياري لا إجبارى ، ثم اضطرب بعد ذلك ، فذهبت بعض الأحكام إلى أن القضاء الملى إجبارى فى جميع الأحوال الشخصية . والسبب فى هذا الاضطراب يرجع إلى الخطأين اللذين انتشرا ولم يحصا إلا منذ عهد قريب : خطأ يرجع إلى التعميم المزعوم لأحكام التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ ، وخطأ آخر يرجع إلى فهم غير صحيح للنصوص التى وردت فى التشريعات العامة وفسرت بأنها تعرض للتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . ولكن هذا الاضطراب لم يدم . واستقر القضاء المصرى بوجه عام

على أن القضاء الملى قضاء اختياري فى مسائل الأحوال الشخصية إلا فيما استثنى بنص خاص ، وأن وصية غير المسلم لا تجوز إلا فى الثلث ولغير

وارث . وثبت القضاء على هذا الرأي بعد أن أخذت به المحكمة العليا في حكمها المشهور .

ونستعرض الآن أحكام القضاء الأهلي ، فالقضاء الشرعي ، فالقضاء المختلط . ثم نقف قليلا عند حكم محكمة النقض ، وهو الذي يعتبر مستورا للقضاء في هذا الموضوع الخطير .

(١)

أعظم القضاء الأهلي

٨٧ — بدأ القضاء الأهلي يقرر أن القضاء الملى قضاء اختياري في مسائل الأحوال الشخصية . بل ذهب إلى أن هذا القضاء الاختياري لا يمنع من اختصاص المحاكم الشرعية بالنظر في هذه المسائل .

فقضت محكمة الاستئناف الأهلية في ٩ فبراير سنة ١٨٩٢ (الحقوق ٧ ص ٥) بأن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر في كافة المواد الشرعية بين جميع الطوائف الوطنية ، بما في ذلك المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وأن وجود مجلس الأقباط الأرثوذكس وتكليفه بالنظر فيما يحصل بين أبناء ملته من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وتكليفه أيضا بملاحظة قيد الوصايا بالسجل المعد لها بالطريقة التركية ما هو إلا إلهة له بأعماله كان أبناء ملته من قبل

ممنوعين من عملها . إذ يمد أنه يريد منع المحاكم الشرعية من النظر في مسائل الأحوال الشخصية بين الأقباط ، مع عدم ذكر اللائحة الميخة للمجلس المذكور النظر في المسائل المذكورة أنها ملفية لما عداها .

٨٨ - ولكن ما لبث القضاء الأهلى أن اضطرب كما قدمنا . فذهبت أحكام إلى أن القضاء المللى قضاء إجبارى بالنسبة لجميع الأحوال الشخصية ، أما لقياداً لهذا التعميم الخاطى* لأحكام التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ ، وأما ذهاباً فى تفسير النصوص التى وردت فى التشريعات العامة المذهب الخاطى* الذى أشرنا إليه .

فن الأحكام التى جرت وراء التعميم الخاطى* لأحكام التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ ، الحكم الصادر من محكمة أسبوط فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٢٤ (المحكمة ٥ ص ٣٢٨) ، وهو يقضى بأن الامتيازات التى منحها الباب العالى لطائفة الروم الأرثوذكس تشمل جميع الطوائف الأخرى الغير المسلمة ، ومن بينها طائفة الأقباط الأرثوذكس . فلأجل تحديد اختصاص البطريركيات ، ومجالس الطوائف أو رؤسائها يجب الرجوع إلى الخط الشريف الهامونى الصادر فى ٢٨ فبراير سنة ١٨٥٦ ، ومنشور الباب العالى فى جمادى الأخرى سنة ١٣٠٨ هجرية .

ومن الأحكام التى أخطأت فى تفسير نص المادة ٥٤ من التقنين المدنى الأهلى ، وذهبت فى هذا الخطأ إلى مدى بعيد ، تخالفت النص الصريح الوارد فى المادة ١٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس ، الحكم الصادر من محكمة أسبوط

في ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ (الحقوق ١١ ص ٤٠٣)، وهو يقضى بأن الحكم في الموارث يجب أن يكون على حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى (م ٤٤ مدني)، وبما أن لطائفة الأقباط الأرثوذكسية مجلساً ملكياً من اختصاصه النظر في مسائل الموارث مصداقاً عليه بمقتضى أمر عال رقم ٣٠ ذى الحجة سنة ١٣١٠، بناء على ذلك إذا أصدر بطريرك الأقباط أعلاماً شرعياً بحرمان أحد أبناء الملة القبطية من الميراث بناء على قرار المجلس الملى، فيكون ذلك الأعلام نافذاً، وعلى المحاكم الأهلية اعتباره كما هو (انظر أيضاً محكمة قنا في ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٣٤٣).

وقضت بعض الأحكام كذلك بأن الوصية تدخل في الاختصاص الإجبارى للمجلس الملى للأقباط الأرثوذكس، وقد رأينا ما في هذا القول من خطأ. من ذلك حكم محكمة الاستئناف الأهلية في ١١ يناير سنة ١٩٢٧ (المحاكم ٩ ص ٨٣٩)، وهو يقضى بأن وصية ضادرة عن شخص قبطى أرثوذكسى إلى ابنته يدخل النظر والفصل في صحتها في اختصاص مجلس ملى الأقباط الأرثوذكس طبقاً للمادة ١٦ من الأمر العالى رقم ١٤ مايو سنة ١٨٨٣. فإذا تبين أن المجلس المذكور قد فصل في صحة الوصية المتنازع عليها، مراعيًا في ذلك النظام الذى قرره الشارع في هذا الشأن، وجب احترام حكمه، وإعطاؤه كل النتائج التى تترتب عليه (انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الإسكندرية الأهلية في أول نوفمبر سنة ١٩٣٠، المحاماة ١٢ ص ٤٥١ بالنسبة للصاغومات).

ويلاحظ أن الأحكام التى قضت بأن الوصية تدخل في الاختصاص

الإجبارى للمجلس الملى يفسر بعضها تفسيراً خاطئاً المادة ٥٥ من التفتين المدنى الأهلى كما هو الأمر فى حكم محكمة استئناف مصر الصادر فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣١ (المحاماة ١٢ ص ٨٠) ، وهو يقضى بأن البحث فى صحة الوصية من جهة الشكل والموضوع هو من اختصاص جهة الأحوال الشخصية كما تقضى بذلك المادة ٥٥ من القانون المدنى التى تنص على أنه بالنسبة للوصية وصيغتها يجب مراعاة الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الوصى . ويقرر بعضها خطأ أن المادة ١٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس لم تستثن من الاختصاص الإجبارى للمجلس الملى إلا الميراث الخالى من الوصية (مع أن هذا النص استثنى الموارث عامة كما رأينا) ، وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١١ مارس سنة ١٩٣٣ (المحاماة ١٣ ص ١٢٤٦) ، وذكرت أن المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس يختص بالنظر فى جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بما فيها الوصية إجبارياً ، واختصاصه فى ذلك جاء عاماً فيما يختص بالشكل والموضوع . ويقضى بعضها فى وصايا الأرمن الكاثوليك (انظر محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٦٧٨) ، وهذه طائفة جمل دكرتو سنة ١٩٠٥ الوصية من اختصاص قضائها الملى كما رأينا .

٨٩ - أما الأحكام الأهلية التى ثبتت على المبدأ الصحيح ، واستمرت تقضى بأن اختصاص القضاء الملى فى مسائل الأحوال الشخصية هو اختصاص اختيارى إلا فيما استثنى بنص صريح ، فكثيرة متنوعة :

نذكر منها الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الأهلية في ١٤ يونيه سنة ١٩٠٨ (مج ر ١٠ ص ٤٧) وهو يقضى بأن اختصاص البطر كخانات هو اختصاص استثنائي قاصر على المواد المبينة في القانون الذي منحها هذا الاختصاص، ولا يمكن التوسع في هذه المواد بطريق التأويل أو التفسير. وقضى نفس الحكم بأنه بمقتضى الخطين الهياويين الصادرين في سنتي ١٨٣٩ و ١٨٥٦ خول البطر كخانات اختصاص الحكم في الأمور الدينية والمسائل المتعلقة بالواريث في حالة اتفاق جميع الأخصام، ولم يخول لها الحق في الحكم في المسائل المدنية المحضة كمسائل الحجر. (انظر أيضا في هذا المعنى استئناف أهلى في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٠ مج ر ٢٢ ص ٤٢ - ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٩٨ - محكمة مصر الأهلية في ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٩٦).

وقضى المجلس الحسبي العالي في ٣ أبريل سنة ١٩٢١ (مج ر ٢٢ ص ٢١٩)، أى قبل ذكره، سنة ١٩٢٥، بأن البطر كخانات ليست مختصة بنظر المسائل المتعلقة بتعيين الأوصياء على القصر غير المسلمين، إلا إذا كان المخصوم متفقين صراحة أو ضمنا على جعلها مختصة. فإذا لم يتفقوا على ذلك كانت المجالس الحسبية هي المختصة دون سواها. (انظر أيضا في هذا المعنى المجلس الحسبي العالي في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٢٢ ص ٣٢١ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٢ ص ٣٢٢ - استئناف أهلى في ٢ يونيه سنة ١٩١١ مج ر ١٠ ص ٣٢٤).

٩٠ — وفي دعاوى الميراث قضت محكمة استئناف مصر الأهلية في ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ (المحكمة ٨ ص ٩١٤) بأنه يجب التفرقة بين دعاوى النسب ودعاوى الأثر، فالأولى من مسائل الأحوال الشخصية التي يختص المجلس الملى بالفصل في الدعاوى القائمة بشأنها من الأقباط طبقاً للمادة ١٦ من الأمر المالى الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب اختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العام. أما الثانية فن اختصاص المحاكم الشرعية ولو كانت بين غير المسلمين، ما لم يتفق الأخصام على رفعها إلى المجالس المليية على سبيل التحكيم. وتقول محكمة أسنا في هذا المعنى (٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٣ مج ٥ ص ٤٥): إن الشريعة المسيحية لا يسرى مفعولها فيما يتعلق بتقسيم التركات بين المسيحيين إلا إذا كان الورثة جميعاً متفقين على اتباع هذه الشريعة، وإنه إذا اختلف أحدهم في ذلك فيجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية التي تعتبر مبدئياً الشريعة العامة لجميع الأهالي على اختلاف أديانهم ومذاهبهم، وليست الشريعة المسيحية في هذه البلاد إلا شريعة خاصة استثنائية لا ينفذ مفعولها إلا برضاء وقبل جميع ذوى الشأن. (انظر أيضاً في هذا المعنى استئناف أهلى في ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ٥ ص ٣٤ — مج ٢ ص ١٢ محكمة مصر الأهلية في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٨ — ٢١ يولييه سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية عدد ٣٣ ص ١٠).

بل أن محكمة النقض قررت مبدأ خطيراً في دعاوى ميراث غير المسلمين، هو المبدأ الذى يتفق مع الوضع القانونى الصحيح ومع التقاليد القانونية للبلاد. فقضت بأنه لا يمكن أن تتفق الورثة — وهم الورثة الذين تعترف بهم

الشريعة الإسلامية - على اختصاص المجلس الملى بنظر قضايا الموارث ، بل يجب أن تتفق أيضا على أن قانون الملة هو الذى يطبق على القضية . أما إذا اتفقت الورثة على اختصاص المجلس الملى ولم تتفق على تطبيق قانون الطائفة ، فالمجلس الملى يصبح مختصا ، ولكن يعمىف عليه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .

وننقل هنا بعض الفقرات الهامة من هذا الحكم الخطير :

« وحيث أن القاعدة الأساسية فى موارث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ما لم تتفق الورثة الذين تعرف هذه الشريعة بوراتهم وبتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس (الذين منهم طرفا الخصومة) وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة . بل أن المادة ١٦ منه ، وهى التى أشارت لمسألة الموارث ، لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما فى الأمر إنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم فى الورثة متى قبل كل الورثة اختصاصها . أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد أن يتفق الورثة على ذلك فىعمل باتفاقهم الذى هم أحرار فيه ما داموا يكونون أهلا للتصرف فى حقوقهم » (تقضى فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة الأستاذ محمود عمر جزء أول ص ٨١١) .

وهذا الحكم ترتب عليه نتيجة خطيرة ، هى إنه إذا كان بين الورثة

قصر أو أشخاص ليسوا أهلاً للتصرف في حقوقهم ، فلا يتأتى للورثة أن يتفقوا جميعاً على تطبيق القانون الطائفي ، ويتمين في هذه الحالة تطبيق أحكام الشرعة الإسلامية .

٩١ — وفي دعاوى الوصية ، وهي التي تمنيتنا بالذات ، قضت المحكمة العليا قضاءها المشهور في ذلك ، وفسخ له بحثاً خاصاً فيما يلي . وقد أصبح ثابتاً أن وصية غير المسلم لا تجوز إلا في الثلث ولنير وارث ، واستقر القضاء الأهلي على هذا المبدأ منذ صدور حكم محكمة النقض .

فصدر حكان في هذا المعنى ، أحدها من محكمة استئناف مصر الأهلية في ٢١ يناير سنة ١٩٣٨ (المحاماة ١٨ ص ٤٧٤) وهو يلغى حكماً من محكمة بني سويف الكلية في ٣٠ مارس سنة ١٩٣٧ صدر على خلاف حكم محكمة النقض . والحكم الآخر صدر من محكمة استئناف أسيوط في ١٥ يولية سنة ١٩٤٠ (مع حكم آخر وهما الحكان المطعون فيهما الآن) وهو يؤيد حكماً من محكمة قنا الكلية في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ صدر على وفق حكم محكمة النقض . (انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة مصر الأهلية في ١٤ أبريل سنة ١٨٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٢٧) .

ولم تجد مقاومة بعض المحاكم الابتدائية (وهي محاكم قنا وبني سويف ومصر) للبدأ الذي قرره محكمة النقض . فإن محكمتي الاستئناف العالي في مصر وأسيوط قضتا على هذه المقاومة ، وجعلتا القضاء يستقر وفقاً لما قضت به المحكمة العليا .

(٢)

أحكام القضاء الشرعى

٩٢ - لا نستطيع هنا أن نستقصى جميع الأحكام التى صدرت من المحاكم فى موضوعنا هذا . وحسبنا أن نورد فى دعاوى الميراث بين غير المسلمين حكم المحكمة العليا الشرعية ، وهو يقضى بأن المحاكم الشرعية هى المختصة بهذه الدعاوى عند عدم اتفاق الورثة على قضائهم للملئ ، سواء وجدت فى التركة وصية أو لم توجد . وهذا ما جاء فى الحكم المذكور : « أن دعاوى الورثة بين غير المسلمين التابئين للحكومة المحلية من اختصاص المحاكم الشرعية عند عدم اتفاق الورثة على تقسيم التركة حسب شريعتهم ، وهذا الاختصاص غير مقيد بأن تكون فى التركة وصية أم لا » . (الجدول العشرى للمحاماة جزء ٢ رقم ٢٧١) .

وقد سارت محكمة مصر الشرعية فى حكم حديث لها (١٦ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة المحاماة الشرعية أعداد ٧ - ١٠ ص ٤٩) على هذا المبدأ ، ققضت بأنه إذا كان قيد المواليد بمعرفة البطريركخانه كما هو الحال فى مصلحة الصحة ، فليس معنى هذا أن تكون البطريركخانه هى المختصة بدعاوى الميراث أو النسب وأنه عند عدم اتفاق الخصوم غير المسلمين على تحكيم جهاتهم الدينية فى دعاوى الميراث يكون الاختصاص للمحاكم الشرعية .

وقد قضت نفس المحكمة في حكم أحدث (٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ مجلة المحاماة الشرعية أعداد ٧ - ١٠ ص ٧٧) بأن المجالس الملّية لها سلطات قضائية استثنائية في مواد الأحوال الشخصية ، وكانت المحاكم أولاً تقضى بأن اختصاصها في جميع قضايا الأحوال الشخصية هو اختصاص اختياري لا يثبت لها إلا باتفاق الخصوم - كالوارث - وذلك بنص المادة ١٨ من الخط الهاموي الصادر في ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ ، ثم عدل عن هذا الرأي ونص على التفريق بين قضايا الموارث وغيرها من سائر الأحوال الشخصية فجعل اختصاص المجالس الملّية في الموارث اختيارياً ، وفيما عداها يثبت الاختصاص ولو بغير رضا الخصوم ، ومراعاة هذا الاختصاص ليس من النظام العام .

وفي حكم أحدث (٨ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة الشرعية أعداد ٧ - ١٠ ص ٨٨) قضت المحكمة نفسها أيضاً بأن ولاية القاضي الشرعي في هذه البلاد لا تزال كما كانت عامة في كافة المواد الشرعية بما في ذلك مسائل الأحوال الشخصية ، وألا تعارض بين نصوص الاختصاص في المحاكم الشرعية وبين نصوص الاختصاص للهيئات القضائية الأخرى . ولم تصدر قوانين تمنع المحاكم الشرعية من النظر في أي مادة من المواد الشرعية ، ونصوص الاختصاص بالنسبة لما عداها نصوص مبنية فقط للنظر للهيئات الأخرى فيما أتيح لها نظره ، وأن المحاكم الشرعية هي صاحبة الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية بين جميع الطوائف ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ،

ولا يوجد ما يمنع القضاء الشرعى من تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الطوائف غير الإسلامية .

٩٣ - وفي قضايا الوصية بالذات ، قتل الأستاذ صليب سامى بإشأ فى مذكرته حكم المحكمة الشرعية العليا الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣٠ ، وهو يقضى بأن الوصية من الأحوال الشخصية ، ولم يستثنها المشرع كما استثنى مسائل الموارث ، ففى من خصائص المجلس الملى الذى يملك الفصل فى الأحوال الشخصية .

وقد أجبنا أن نتعقب هذا الحكم لما تضمنه من مبدأ هام . فوجدناه منشوراً فى مجلة المحاماة الشرعية (السنة الأولى ص ٦٨٧) ، وهو يلقى الحكم الابتدائى الصادر من محكمة قنا الكلية الشرعية فى ٢٩ يولية سنة ١٩٢٨ . وقد وازنا بين الحكيم . الابتدائى الذى جعل الوصية من اختصاص المحاكم الشرعية ، والاستثنائى الذى جعلها من اختصاص القضاء الملى ، فلم تتردد فى ترجيح الأول . ويكفى أن نقل هنا الأسباب التى ارتككت إليها كل من المحكمتين لينبين هذا الرجحان .

أما محكمة الاستئناف فقد أوجزت فى أسباب حكمها إيجازاً لا يتفق مع أهمية المبدأ الذى عرضت له ولا مع متانة الأسباب التى ارتكبت إليها الحكم الذى ألفت . ففى قد اقتضت على أن تقول :

« وحيث أنه بالاطلاع على أوراق هذه القضية تبين منها أن النزاع القائم بين الخصمين هو أن المجلس الملى يملك الفصل فى الوصية صحة وبطلاناً وهذا ما يقوله المستأنف ، أو الذى يملك الفصل فيه صحة وبطلاناً المحكمة الشرعية وهذا ما يقوله المستأنف عليه . واستند كل إلى ما هو بذكرته . »

« وحيث أن المادة ١٦ من القانون رقم ١٩ سنة ١٩٢٧ بتعديل ترتيب واختصاص مجلس عمومي للأقباط الأرثوذكس نصت على أن من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذي صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة . إنما مسائل الموارث لا تنظر إلا باتفاق جميع أولى الشأن فيها . وحيث أن الوصية هي من الأحوال الشخصية ولم يستثنها المشرع في القانون المذكور كما استثنى مسائل الموارث ، فهي من خصائص المجلس الملى الذي يملك الفصل في أحوالهم الشخصية » .

هذه هي الأسباب التي استندت إليها محكمة الاستئناف الشرعية ، تقلناها حرفياً من مجلة المحاماة الشرعية كما فعل الأستاذ صليب سائى باشا في مذكرته . ولكنه فعل ذلك احتفالاً بشأن هذه الأسباب وتوحيها بتاتها . أما نحن فقد أردنا أن نضعها إلى جانب الأسباب التي استندت إليها المحكمة الكلية في القضاء بالمبدأ الممارس ، حتى يتبين عند الموازنة أى الأسباب أقوى وأمتن .

قالت محكمة قنا الكلية الشرعية (المحاماة الشرعية السنة الأولى ص ٦٨٨ - ص ٦٨٩ : تقلاع عن الوقائع التي أوردها محكمة الاستئناف في حكمها) : « أن النزاع بين الخصوم ينحصر في سببين : الأول هل المجلس الملى مختص بنظر موضوع هذه القضية أم لا . الثاني هل بعد أن فصل المجلس بإبطال الوصية تكون المحكمة الشرعية مختصة بنظره أم لا » .

«أما عن الأول فالجلس الملى غير مختص بنظر هذا الموضوع . لأن موضوعها يرجع إلى دعوى وراثه القاصر نصيباً معيناً فى تركه المتوفاه ، واتخذت هذه الدعوى طريقاً إلى طلب إبطال الوصية فى النصيب المذكور . والمبادئ العامة تقضى بأن دعوى الوراثة من اختصاص المحاكم الشرعية اتحد فيها مذهب المحصوم أو اختلف ، إلا فى حالة ما إذا اتحد مذهبهم واتفقوا على الترافع أمام مجلسهم الملى ، فىكون المجلس فى هذه الحالة فقط مختصاً بنظرها ، ولم تستثن الوراثة المقرنة بوصية . وأن مذهب المحصوم فى هذه القضية يختلف فلا يكون المجلس الملى مختصاً ، وعلى فرض اتحادهم لم يتفقوا على الترافع أمامه ، بل اختلفوا فى قبول التقاضى أمامه » .

«أما عن الوجه الثانى فثبت أن المجلس الملى غير مختص . فحكمه فيه يكون صادراً من جهة غير مختصة ، وكل حكم هذا شأنه لا يمنع المحاكم المختصة من نظر الموضوع ابتداء » .

« كل هذا على اعتبار أن الدعوى هى دعوى وراثه جعلت طريقاً لإبطال الوصية . على أنه لو فرض أن الدعوى هى دعوى إبطال وصية فقط ، فحكمها حكم دعوى الوراثة فى الاختصاص ، لأن المادة ١٨ من المخطط الهامبونى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ جعلت دعوى الميراث من اختصاص المحاكم الشرعية إلا فى الحالة المذكورة آنفاً ، وذكرتها على سبيل التمثيل . وظاهر من هذا ومن النظر فى موضوع الفزئان المذكور أن ما يكون من الدعاوى التى ليست من الأمور الدينية البحتة كالأزواج والطلاق وما ينبج عنهم

لا يكون من اختصاصها إلا في الحالة المذكورة آنفاً، وأن الوصية في هذا المعنى مثل الوراثة بل أبعد منها عن الأمور الدينية الخصوصية بالبحث، إذ لا تنجم عن النكاح ولا تتعلق به. فإذاً يكون حكمها من ناحية الاختصاص حكم دعوى الوراثة على الأقل.

فالوازنة بين الحكيم لا تدع مجالاً للشك في رجوح الحكم الابتدائي، لأن حكم محكمة الاستئناف يستند إلى حجة غير موثقة، ويقتصر على تفسير عبارة «الموارث» الواردة في لائحة الأقباط الأرثوذكس بأنها لا تشمل الوصية، وقد بينا بحجج قاطعة أن هذا غير صحيح. أما المحكمة الابتدائية فتعرض للقضية من جميع جوانبها: تنظر إليها باعتبارها قضية ميراث اتخذت طريقاً لإبطال الوصية. وهنا تبين المحكمة بوضوح علاقة الميراث بالوصية وكيف أن الوصية غير المسموح بها فيها إبطال لحق الوارث. ثم تنظر إلى القضية باعتبارها دعوى لإبطال الوصية، فتبحث المسألة في أصلها، وتعمد إلى الخط الهاموني الذي يعتبر دستور القضاء الملى في هذا الموضوع. وقد كان من الخير أن تضيف إلى ذلك أن لائحة الأقباط الأرثوذكس لا تعارض الخط الهاموني فيما يتعلق بالوصية، وأن عبارة «الموارث» الواردة في هذه اللائحة تشمل الوصايا.

(٣)

أعظام القضاء المختلط

٩٤ - بدأ القضاء المختلط كالتقضاء الأهلي يقضى بأن اختصاص التقضاء الملى فى مسائل الأحوال الشخصية هو اختصاص اختيارى فى جميع هذه المسائل . وقد كان فى ذلك يفسر الخط الهياونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ تفسيراً صحيحاً .

فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى كثير من أحكامها بما يأتى :

"Le Hatt Hamayoun n'établit la compétence des Patriarches, chefs des communautés et conseils desdites communautés, pour connaître des procès spéciaux entre chrétiens que dans le cas où les parties sont d'accord pour s'adresser à ces juridictions, qu'en dehors de ce cas, il maintient la compétence des autorités locales."

استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ ب ٨ ص ١٠١ - ٢٩ يناير سنة ١٨٩١ ب ٣ ص ١٤٥ - ١٠ يونية سنة ١٨٩١ ب ٣ ص ٣٨٣ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ ص ١٣ - ٢٥٢ - ١٢ يونية سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٦٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ ب ١٤٠ - ٧ مايو سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ٢٨١ .
كما قضت أيضاً فى حكمها الصادر فى ٤ يونية سنة ١٨٩١ (ب ٣ ص ٣٨٢) بما يأتى :

" . . . que pour ces procès spéciaux, le Hatt Hamayoun

n'a reconnu aux sujets non-musulmans que la faculté et non pas l'obligation de recourir à la juridiction des Patriarcats."

وذهب القضاء المختلط في ذلك إلى حد بعيد جداً ، جعله يوجب الخلط
الهيايوني الصادر في سنة ١٨٥٦ على لائحة الأقباط الأرثوذكس الصادرة في
سنة ١٨٨٣ . فقالت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الصدد في حكمها
الصادر في ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ (ب ١ ص ١٠١) :

"Le Hatt Hamayoun, loi organique de l'Empire Ottoman, s'appliquant a toutes les parties de l'Empire; un décret viceroyal du 7 Raghav 1300, dont la promulgation régulière n'est même pas établie, ne saurait y porter atteinte par des dispositions contraires à cette loi."

٩٥ — ولكن ما لبث القضاء المختلط أن اضطرب بعد ذلك اضطراب
القضاء الأهلي ، فقضت بعض الأحكام بأن الوصية تدخل في الاختصاص
الإجباري للقضاء الملى ، اعتماداً على هذا التعميم المزعوم للتحرير السامى
الصادر في سنة ١٨٩١ .

من ذلك أن قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٧
(ب ١٠ ص ٨١) بما يأتى :

"La juridiction des chefs de communautés chrétiennes, établies dans l'Empire Ottoman pour les procès spéciaux tels que les suacements, facultative et dépendant de la soumission volontaire des parties d'après l'article 18 du Hatt Hamayoun de 1856, nécessaire et obligatoire à la suite de la circulaire de la Sublime Porte du 23 Gamad Akher 1308 (22 janv. 3 févr. 1891) ne concerne que les contestations entre membres de la même communauté."

انظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٣ ب ٥ ص ٣٧٦ - ٤
أبريل سنة ١٧٩٤ ب ٦ ص ٢٧٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ ب ٥ ص ٧٥ - ٢٢
مايو سنة ١٩١٣ ب ٣٥ ص ٥٤٥ - ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ١٦٣ -
٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ ب ٣٧ ص ٤٤٦ .

ويشير الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ فبراير سنة
١٩٢٦ (ب ٣٨ ص ٢٢٠) إلى تحول القضاء المختلط بعد صدور التحريرات
السامية في الميارات الأتية :

"Bien que d'après le Hatt Hamayoun du 18 févr. 1856,
l'accord des parties soit requis pour attribuer aux conseils de
communautés non seulement les procès de succession, mais
aussi les autres affaires du statut personnel, telles que l'état et
la capacité des personnes, la tutelle, la curatelle et les droits
de famille, la Cour, en s'inclinant à la pratique différente qui
s'était constituée en Egypte et que le Gouvernement Egyptien
a fini par consacrer législativement a, depuis 1893, conformé sa
jurisprudence à la nouvelle conception d'après laquelle la compé-
tence des patriarchats en matière de statut parsonnel est
reconnue obligatoire, tout en maintenant le caractère facultatif
de leur compétence successorale ab intestat.

انظر أيضاً استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ ب ٤٠ ص ٣٠٣ -
٧٨ يناير سنة ١٩٣٢ ب ٤٤ ص ٣٠٥ .

وهناك أحكام ترتكن إلى ما كان عليه أمر القضاء الملى في الدولة المليية
قبل الخط المهايوني . وغنى عن البيان أن هذا خطأ . فقد وضعا فيما قدمناه
أن الخط المهايوني وضع حدا لهذه الامتيازات الطائفية ، ونظمها تنظيما
جديداً ، فلا يصح الاستناد إلى الحالة التي سبقت هذا التشريع .

ومن الأحكام التي وقعت في هذا الخطأ حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر في ٥ يناير سنة ١٩٠٥ (ب ١٧ ص ٥٧) وحكم آخر صدر في ١١ مايو سنة ١٩١١ (ب ٢٣ ص ٣١٧) .

٩٦ - على أن الأحكام المتقدمة ليست هي التي تكشف عن اتجاه القضاء المختلط ، فإن محكمة الاستئناف المختلطة أصدرت أحكاماً كثيرة أكثر دلالة على اتجاهها . وقد قررت هذه الأحكام المبدأ الصحيح من أن القضاء الملى إذا كان اختصاصه إجبارياً في مسائل الزواج وما يتصل به ، فإن اختصاصه اختياري في مسائل الموارث والوصية .

أما أن اختصاصه إجباري في مسائل الزواج وما يتصل به ، فهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام كثيرة أصدرتها ، منها الحكم الصادر في ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ (ب ٣٨ ص ٢٢٠) وهو يقرر ما يأتي :

“La compétence des patriarchats est absolue pour les affaires spirituelles, lesquelles comprennent le statut matrimonial”.

انظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ ب ٦ ص ٥٢ - ١٣
أبريل سنة ١٩٢٢ ب ٢٤ ص ٣١٧ (النسب) - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ ب ١٥
ص ٧٥ و ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ١٦٣ (التفقات) .

وأما أن اختصاصه اختياري في الموارث ، فهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام عديدة أصدرتها . منها الحكم الصادر في ١٠ يونيو سنة ١٨٩١ ب ٣ ص ٣٨٣ ، وهو يقرر ما يأتي :

“Le Hatt Hamayouni . . . ne maintient la compétence des Patriarchats et autres chefs de communautés religieuses dans

les procès en matière de succession que comme une juridiction d'exception, compétente seulement dans les cas où les parties sont d'accord pour s'adresser à elle".

وانظر أيضا في المعنى استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٥٢ - ١٢ يونه سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٦٥ - ٧ مايو سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ٢٨١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ ب ١٥ ص ٧٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ ب ١٨ ص ٢١٨ - ٦ يناير سنة ١٩١٠ ب ٢٢ ص ٧٧ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٤١ - ٧ مارس سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٧٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٣٦٣ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ ب ٣٨ ص ٢١٩ .

فإذا لم يتراض الخصوم على قضاء ملتهم ، فالإراث يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ويكون من اختصاص المحاكم الشرعية (استئناف مختلط ١٠ يونه سنة ١٨٩١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢ وهي الأحكام المشار إليها فيما تقدم . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٤ يونه سنة ١٩٣٨ ب ٥٠ ص ٣٦٢) ، حتى لو تضمنت دعوى الميراث دعوى النسب (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ وهو الحكم المشار إليه فيما تقدم) .

وأما أن اختصاص القضاء الملى اختياري أيضا في الوصايا ، وأن وصية غير المسلم تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية ، فهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ يونه سنة ١٩٣٧ (ب ٤٩ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦) .

إذ تقول :

"La théorie de l'autonomie de la volonté qui autorise tout testateur à disposer de ses biens mortis causa, suivant telle ou telle législation à son gré, est inapplicable à un Égyptien régi par la loi

musulmane, dont la succession est régie, même en ce qui concerne la validité des dispositions testamentaires, par le droit successoral commun aux nationaux égyptiens, musulmans et non-musulmans."

انظر أيضاً استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٩ ب ٥١ ص ٩٤

٩٧ - لذلك كان غريباً أن يصدر أخيراً حكم من محكمة الاستئناف

المختلطة في ١٧ مارس سنة ١٩٤٢ (وقد نشر في جورتال المحاكم المختلطة في

عدد ٢٥ - ٢٦ مايو سنة ١٩٤٢ تحت رقم ٣٠٠١)، يرجع بالقضاء المختلط إلى

الاضطراب بعد أن كان قد استقر، ويعترف عن المبدأ الثابت الذي قرره

محكمة النقض في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤. فتفتتح بذلك هوة ما بين القضاة

الأهلي والمختلط في مسألة جوهرية تعرض كل يوم على المحاكم، وينفسح

الجال للتنايل، فمن كانت له مصلحة في الأبقاء على وصية باطلة صدرت من

غير مسلم احتال حتى يجعل المحكمة المختلطة هي المختصة فتحكم بصحتها، وإذا

بالتركة الواحدة تقضى في شأنها المحاكم الأهلية بقضاء والمحاكم المختلطة بقضاء

آخر مناقض للقضاء الأول، فتبديل الأفكار، ويضطرب التعامل، وتضيع

الحقوق المشروعة. وهذا ما يؤسف له حقاً. وما أسفت له بالفعل محكمة

الاستئناف المختلطة نفسها في الحكم الذي نشير إليه.

ولو كان هذا الحكم، بعد أن خالف محكمة النقض، نقب وبحت،

وتعقب الحجج والدلائل التي أتت بها محكمة النقض في حكمها الخطير، فقرر

الحجة بالحجة والدليل بالدليل، وخرج من كل هذا برأى لا يتطرق إليه

الشك ولا تملق به الظنون، لتلمسنا الأعذار المحكمة في إنها آثرت العمل

بالرأى القانوني الصحيح، ولو ضمت في سبيل ذلك استقرار الحقوق وثبات

التعامل . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الحكم الأخير لم تبحث شيئا جديدا ، بل اكتفت بتريد حجج قديمة بأن فسادها بعد حكم محكمة النقض . ولم تمن أن تتناول هذا الحكم فتتقد ما جاء فيه من الأسباب ، بل اكتفت بالإشارة إلى وجوده ، وبمجرد الأسف على إنها تخالفه ، وإنها تجرى في ذلك على قضائها الثابت المستقر .

والواقع من الأمر أن ليس لمحكمة الاستئناف المختلطة قضاء ثابت مستقر في هذه المسألة كما رأينا . فقد اضطرب قضاؤها ، وكانت تقرر في أول الأمر أن وصية غير المسلم تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، وتمددت أحكامها في هذا المعنى . ثم تراوحت بين هذا الرأي والرأي الآخر الذي يجعل الوصية تخضع للقانون الملى . ثم رجعت بعد ذلك تستقر على أن الشريعة الإسلامية هي التي يجب تطبيق أحكامها . فأين هذا من الاستقرار المزعوم !!

لقد كانت محكمتنا العليا أرحب صدرا . فقد رأت أن تريت حتى تصدر محكمة الاستئناف المختلطة حكمها هذا ، لملها تجد فيه ما تثبت به الحجة ، فإذا بالحكم خلوا لأمن الحجج القديمة التي سبق لمحكمتنا العليا أن فندتها . وها نحن نورد ما تقدمت به محكمة الاستئناف المختلطة من الأسباب ليتبين صحة ما تقول :

"Au sujet de la compétence des patriarcats dans les litiges de succession testamentaire, la juridiction mixte a toujours retenu, et notamment par l'arrêt capital du 22 mai 1913 (B. 35. 545), qu'à la condition que les parties fussent du même rite, elle était obligatoire, contrairement à leur compétence en matière de succession ab intes-

tal qui n'était que facultative; les nombreux arrêts (23 janv. 1932, B. 44 p. 305 et la référence aux arrêts antérieurs) ont déjà fait l'exposé historique des pouvoirs conférés aux Patriarcats par la Sublime Porte et par le Gouvernement Egyptien, et il serait absolument oiseux de refaire le même exposé et de répéter les mêmes arguments."

لم تزد المحكمة في هذا على إنها تشير إلى حكيم سابقين أخذوا بالبدأ
القاضي بأن وصية غير المسلم تدخل في الاختصاص الاجباري للقضاء الملى ،
استنادا إلى تعميم خاطيء للتحريير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ . وقد سبق
الإشارة إلى ذلك .

ثم نقول المحكمة :

"Il est cependant exact que dans cette matière très importante et très fréquemment posée, l'autre juridiction civile du pays qui a le même pouvoir de révision, pour ainsi dire, sur les décisions des Tribunaux de statut personnel quant à leur compétence, s'est rangée dernièrement à l'avis favorable à la solution contraire, à savoir que, même en matière de succession testamentaire, la compétence des Patriarcats ne serait que facultative. Mais quelle que puisse être la gravité de l'anomalie que ne peut que résulter fatalement de la divergence d'opinion entre les deux juridictions civiles du pays, la Cour ne peut se départir de sa jurisprudence antérieure qui, quant à elle, a fait une application des textes qui régissent la matière et notamment, quant à la compétence obligatoire des Patriarcats en matière de testament, des circulaires vizirielles des 4 Ragab 1282 et 23 Chawal 1291, de la Haute Circulaire de la Sublime Porte du 23 Qamad El-Akher 1308, du Hatt Hamayoun de 1856, et quant au traitement égal de tous les Patriarcats, de la lettre du Cabinet du Khédive du 24 Zilkidé 1308 et de la circulaire du 31 janvier 1887, textes qui ont été consacrés dans le sens ci-dessus par le Règlement d'Organisation du 18 novembre 1905 de la communauté Arménienne catholique (art. 16) et par le Règlement d'Organisation du 1^{er} mars 1902 de la communauté Protestante indigène (art. 21) à la lumière desquels il faut comprendre et appliquer l'art. 16 du Règlement d'Organisation de la communauté copte orthodoxe, remanié par la loi db 22 juillet 1927."

تشير المحكمة إلى قضاء محكمة النقض المعروف من أن وصية غير المسلم تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإلى خطورة التضارب ما بين القضاء الأهلي والقضاء المختلط في مسألة هي على قدر عظيم من الأهمية ، وهي من المسائل التي يكثر عرضها على المحاكم . ومع ذلك لا تقبل محكمة الاستئناف المختطة شيئاً ، في تدعيم صحة رأيها ، أكثر من الإشارة إلى نصوص بحثناها كلها نصاً نصاً ، وبحثها محكمة النقض قبلنا ، وخرجت المحكمة العليا من بحثها وخرجنا معها إلى أنها لا تنهض حجة على أن القضاء الملى له اختصاص إجباري في وصية غير المسلم . بل هي على العكس من ذلك تؤيد خضوع هذه الوصية لأحكام الشريعة الإسلامية . فهل كلفت محكمة الاستئناف المختطة نفسها عناء الرد على الأسباب التي أوردتها محكمة النقض في حكم هو من أم الأحكام التي أصدرتها المحكمة العليا من حيث المبدأ التي تناوله ومن حيث الأسباب التي قام عليها ؟

لم تفعل شيئاً من ذلك ، بل بقيت تردد حججها القديمة التي فندتها المحكمة العليا . والأغرب من كل هذا أنها بقيت تستند إلى هذا التعميم الخاطي* للتحريير السامي الصادر في سنة ١٨٩١ ، كأن محكمة النقض لم تعالج هذا الموضوع ، وكأنها لم تكشف عن وجه الخطأ الشنيع الذي وقع فيه تبليغ التحريير السامي . ويكاد من يطلع على حكم محكمة الاستئناف المختطة الذي نحن بصدده ييضم بأن هذه المحكمة لم تطلع من حكم محكمة النقض إلا على متطوقه !

لذلك لا يجوز مطلقا أن يقال أن هذا الحكم الذى أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة ، وهو قائم على ترديد حجج قديمة قد فندت ، يمارض قضاء محكمتنا العليا الذى قام على أساسين متينة لم يستطع أحد لها دفعا .
وها نحن نستعرض حكم المحكمة العليا لئرى ما ورد فيه من الأسباب .

(٤)

حكم محكمة النقض

الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤

(مجموعة أحكام النقض للأستاذ محمود عمر جزء أول ص ٤٥٤ — ٤٧٤)

٩٨ — يسهل بعد ما قدمناه أن نستعرض الحجة التى استندت إليها محكمة النقض فى القول بخضوع وصية المسلم لأحكام الشريعة الإسلامية ، وأن نكشف عما انطوت عليه من القوة والتماسك .

ونبدأ القول بأن محكمة النقض عندما ذكرت أن هذه الحجة فضلة تزيد عما يحتاج إليه للفصل فى الطعن الذى كان أمامها ، لا تقصد بذلك ، كما ذهب الأستاذ صليب باشا سائى فى مذكرته ، أن تقرر مجرد فتوى . فالأفتاء إنما يصدر من جهة الفتوى لا من جهة القضاء . والمحكمة العليا إذا ذكرت أسبابا فى حكم من أحكامها ، فهذه الأسباب تعتبر قضاء يؤخذ به . وإنما أرادت محكمة النقض أن تقول إنها استزادت فى أسباب حكمها . إذ كان

أمامها تصرف كيفته بأنه وقف مضاف إلى ما بعد الموت . ثم رأت أن تقلب المسألة على جميع وجوهها ، فذكرت أن التصرف حتى لو كان وصية ، فقد كان على المجلس الملى أن يقضى بطلانها ، وسردت الأسباب التي توجب البطلان . فواضح أن هذه الأسباب ، بالرغم من إنها لم تكن ضرورية للفصل في الطعن ، هي جزء من الحكم الصادر من محكمة النقض ولها القوة التي لسائر الأسباب . فلا محل إذن للقول بأن هذه الأسباب هي فتوى لا حكم ، فإن المحاكم لا تفتي بل تحكم .

ونستعرض الآن أسباب الحكم . وقد قسمها الأستاذ صليب سامي باشا باشا في مذكرته إلى أسباب رئيسية وأخرى عرضية ، ونحن نتابعه في ذلك .

أولا - الأسباب الرئيسية

٩٩ - السبب الأول - نظام تركات العيسويين (أو محرر ٧ صفر

سنة ١٢٧٨) : تقول محكمة النقض في ذلك :

« أن المحرر السامي الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٧٨ ، وغيره من الأوامر السامية الخاصة بنظام تركات المسيحيين ، إذا كانت بعد أن أشارت إلى وجوب اعتبار الوصية شرعاً متى كانت بثلت المال لبعض الوجوه المتبرة - إذا كانت قد قررت ذلك ، ثم أردتها بمباراة أن من يقسم أمواله في حال حياته ، وصحته وكمال عقله بين ورثته وحدهم أو بينهم وبين غيرهم ، ويفرز خصصه كل منهم ، ويسلمها له فعلاً ، فإن تصرفه هذا يكون معتبراً شرعاً ، فقد دلت بهذا على أن الممكن لصاحب المال ، فيما يتعلق بورثته ، هو أن يقسم ماله عليهم في

حال صحته كما يريد ، ومتى اختص كل واحد منهم بجزء من ماله - قل هذا الجزء أو زاد عن نصيبه الشرعى فى الميراث - بل متى اختص جميع ورثته بجزء ضئيل من ماله ، واختص الأجانب بأكبر جزء من هذا المال ، فإن تصرفه هذا يكون معتبراً . ولا شك أن هذا من الأمور المسلم بها شرعاً ، لأن تقسيم المال فى حال الصحة وتسليمه فعلاً للوارث أو غير الوارث ، هو من قبيل الهبة التى تجوز فى حالة الصحة للوارث أو للأجنبى ، ولو بكل المال . ولو أن واضع النظام أراد أن يحمل لصاحب المال أن يوصى لأى من ورثته بأزيد من نصيبه الشرعى لما وسعه هذا ، بل أن هذا يكون مخالفاً كل المخالفة لصریح الأحكام الشرعية التى لا تجيز الوصية للوارث مع عدم وجود أى ضرورة اجتماعية أو دينية تقضى بهذه المخالفة . وتقول المحكمة قبل ذلك : « إن ما سلف نقله من نظامنامه التركات من أن التركة إذا كان فيها قاصر تضبط بحسب أصول الشريعة الإسلامية لما يترتب عليه أنه لو كان فيها وصية لوارث لكانت باطلة حتماً » .

وهذا الذى استخلصته محكمة النقض من نظام تركات العيسويين صحيح لا غبار عليه ، وقد سبق لنا أن بسطنا تفصيلاً عند ما تناولنا بالبحث هذا النظام .

ويعترض الأستاذ صليب سائى باشا على هذا القول بأن نظام تركات العيسويين وقف العمل به فى مصر ، وأنه ليس قانوناً بل هو منشور وزارى ، وقد أجبنا على هذه الاعتراضات بما فيه الكفاية ، فلا حاجة للإعادة .

١٠٠ - السبب الثاني - كون اختصاص المحكمة الشرعية بنظر

دعوى الأثر يستلزم اختصاصها بدعوى الوصية ، ويتقضى الحكم فيها

طبقاً للشرعة الإسلامية : وفي هذا تقول محكمة النقض :

« إنه مع تسليم كل الطوائف المسيحية بأن الموارث إنما هي من اختصاص المحاكم الشرعية وحدها ما لم يترأس الخصوم - هذا التسليم يقتضى حكماً بطلان الوصية للوارث ، لأنه إذا وجدت تركه فيها وصية لوارث ، ورفع الأمر فيها للقاضي الشرعى بخصوص الأثر ، كما هو الواجب ، لحكم في هذا الأثر طبقاً بمقتضى الشرعة الإسلامية ، ولأبطل الوصية للوارث » .

وهذا القول لا شك في صحته . وقد قدمنا أن القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولنير وارث هى من القواعد الأساسية فى الميراث .

وقد اعترض الأستاذ صليب سامى باشا على هذا القول باعتراضات خمسة ، نوجزها ونرد عليها .

قال إنه لا يوافق محكمة النقض على قولها إنه إذا وجدت تركه مسيحى فيها وصية لوارث ، فانه يجب رفع الأمر فيها أولاً للقاضى الشرعى . فإدام القانون قد جعل مسائل الوصية من اختصاص القضاء الملى اختصاصاً إجبارياً ، فلا يجوز لأى قضاء آخر أن يعتدى على هذا الاختصاص . وهذا الاعتراض غير وارد ، لأن المحكمة الشرعية ، بفرض أنها غير مختصة بنظر الوصية ، مختصة قطعاً بنظر الميراث . وهى لا تستطيع أن تطبق قواعد الميراث تطبيقاً صحيحاً إلا إذا أبطلت الوصية كلها إذا كانت لوارث أو فيما جاوز

الثالث إذا كانت لتبر وارث . وهذا لا يمنع من اختصاص القضاء الملى بنظر الوصية ، إذا فرض أنه كان مختصا ، ولكن يتقيد هذا القضاء بالحكم السالف الذكر .

ويعترض الأستاذ صليب باشا اعتراضا ثانيا ، فيقول « إن حق الورثة في التركة لا يأتى إلا بعد البداعات من تفقة وتجهيز ودفن ومن دين وبعد الوصية ، فالواجب بحكم الشرع أن يكون الحكم في الوصية أولا للمجلس الملى ، وما بقى بعد الوصية يصبح تركة ، ويكون الحكم فيه للمحكمة الشرعية بعد ذلك » . وقد بينا أن هذا القول غير صحيح في الشريعة الإسلامية . والصحيح هو ما قررناه قبلا من أن الموصى له شريك الوارث في التركة ، حتى إن الهلاك عليهما جميعا . ولا يجوز القول أن ما بقى بعد الوصية يصبح تركة ، فإن الموصى به يدخل في التركة ، وهو ليس بدين عليها بل هو جزء منها .

والقول بأن المحكمة الشرعية إذا رفعت أمامها دعوى الأثر يجب أن تقصر ولا تنها على بيان الورثة ونصيب كل منهم دون تطبيق الأنصبة على موجودات التركة بما يتعارض مع الوصية ، هذا القول لا يمنع من أن نصيب الموصى له يعتبر كنصيب الوارث ، وأنه إذا زاد على النصاب المقرر تماوض مع نصيب الوارث ، حتى مع الاقتصار على بيان الورثة ونصيب كل منهم . ويقول الأستاذ صليب باشا أخيرا إن رأى محكمة النقض يعارض التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ للروم الأرثوذكس ، ويعارض حكم

المحكمة الشرعية العليا الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٣٠. أما انه يعارض التحريم السامى فلا ، لأن هذا التحريم ، على أوسع تقدير ، أعطى القضاء الملى للروم الأرثوذكس اختصاصا إجباريا فى الوصية ، وقد ذكرنا أن القضاء الملى عند ما ينظر فى دعاوى الوصية يجب أن يتقيد بالقاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولنير وارث . وأما انه يعارض حكم المحكمة الشرعية العليا المشار إليه فقم ، ولكننا ذكرنا أن المحكمة الشرعية العليا قد عدلت عن المبدأ الذى قرره فى هذا الحكم إلى المبدأ الصحيح الذى تقول به .

١٠١ - السبب الثالث - كونه أحكام بيع المريض الواردة فى القانون

المدنى تقتضى إطلاق حكم الوصية طبقاً لحكم الشرعة على جميع المصريين على

السواء . وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد :

« أن هذا المبنى وهو كون الوصية لا تجوز لو ارث ، والمبنى السابق وهو كونها لا تجوز إلا من الثلث مهما يكن دين الوصى ، قد لاحظته الشارع المصرى عند وضعه القانون المدنى للمحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، كما لاحظته عند وضع القانون المدنى للمحاكم الأهلية فى سنة ١٨٨٣ . إذ قرر فى باب البيع حكمين خاصين ببيع المريض مريض الموت نص فيهما (مادى ٣٣٠ و ٣٣١ مختلط ومادى ٢٥٤ و ٢٥٥ أهلى) على أن يبيعه إن كان لو ارث فلا يتخذ إلا إذا أجازهم باقى الورثة ، وإن كان لنير وارث جاز الطعن فيه متى كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث المبال . ثم قرر فى المادة ٣٣٢ مختلط و ٢٥٦ أهلى

حكمًا متفرعًا على حكم المادة ٣٢١ مختلط و٢٥٥ أهلى . وهذه الأحكام السارية على كل المصريين من مسلمين وغير مسلمين لا تقوم إلا على أساس القاعدة الشرعية القاضية بأن التصرفات الإنشائية المنجزة للمريض مرض الموت تعتبر مبدئيًا من قبيل الوصية ، فإن كانت لوارث فلا تجوز إلا إذا أجازت الورثة ، وإن كانت لأجنبي فلا تجوز المحاباة فيها إلا من الثلث . وهذا وحده يكفي في التدليل على صحة ما تقدم في هذه المسألة وفي المسألة السابقة .

وهذه اللفتة من محكمة النقض عظيمة الخطر . فقد سبق أن أشرنا إلى أن التقنينين المدينين الأهلى والمختلط نص كلاهما على أحكام بيع المريض ، وتقل ذلك عن الشريعة الإسلامية . والمسلم أن هذه الأحكام هي أحكام الوصية بالذات . أما التقنين المختلط فقد نص في المادة ٣٢٣ على أن هذه الأحكام لا تكون مرعية إلا في حق البائع الذى يحكم في أهليته الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية . ومعنى ذلك أنها لا تنطبق على الأجانب . ولم يقل التقنين الأهلى شيئًا في هذا الصدد . فدل ذلك على أن أحكام بيع المريض وهي نفسها أحكام الوصية كما قدمنا ، تنطبق على جميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، كما تقول محكمة النقض .

يعترض الأستاذ صليب سائى في مذكرته على هذا التدليل اعتراضات عدة ، بعضها شكلى وبعضها موضوعى .

أما الشكلى فنجمله في أن المشرع المصرى ما كان له أن ينص على أحكام الوصية في باب البيع ، وأن ينص عليها بطريق غير مباشر ، فيجعل الأصل . وهو الوصية يأخذ حكم الفرع وهو بيع المريض . ويسهل دفع هذا الاعتراض

بأن التقنين المدني لا يشمل على الأحوال الشخصية كما هو معروف .
وأحكام الوصية من الأحوال الشخصية كما يقول الأستاذ صليب سامي باشا
نفسه . فلم يجد المشرع في التقنين المدني مجالاً لإيراد أحكام الوصية . ثم لما
سنت له الفرصة في مسألة من الأحوال العينية تأخذ حكم الوصية وهي بيع
المريض ، لم يتردد في إيراد أحكام الوصية وفي جعلها عامة تطبق على جميع
المصريين من مسلمين وغير مسلمين . وما ورد في التقنين المدني من نصوص
في الموارث والوصية (م ٥٤ - ٧٧/٥٥ - ٧٨) ليست أحكاماً موضوعية ،
وما كان ينبغي أن ترد فيها أحكام موضوعية وهما من الأحوال الشخصية ،
بل هي قواعد للتنازع المولى ما بين القوانين كما قدمنا .

أما الاعتراضات الموضوعية فتتلخص في أن الأستاذ سامي باشا يذهب
إلى أن تفسير محكمة النقض يتناقض مع التشريعات القائمة :

يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن « هذه الشريعة السمحاء
قد قضت بأن موارث النعمين من اختصاص قاضيه الديني ، يحكم فيها طبقاً
لحكم دينهم » . هذا ما يقوله الأستاذ الجليل . وقد ينأ أن الشريعة الإسلامية
على العكس من ذلك ، تقضي بأن موارث النعمين ووصاياهم تخضع لأحكامها .
ويتناقض مع التحرير السامي الصادر في ٣ فبراير سنة ١٨٩١ ، ومع
القوانين الصادرة بتشكيل المجالس المالية في سني ١٨٨٣ و ١٩٠٢ و ١٩٠٥ كما
يقول الأستاذ سامي باشا . ولا تناقض هناك . فالطوائف الثلاث التي يجوز
القول بأن مجالسهم المالية مختصة بنظر الوصية . - وهي الروم الأرثوذكس
والأنجليكان والأرمن الكاثوليك - يجب أن تراعى ، عند نظري قضايا الوصية

تطبيق القاعدة التي تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ولنغير وارث ، وقد سبق بيان ذلك . أما الأقباط الأرثوذكس فوصاياهم من اختصاص المحاكم الشرعية ، كما قدمنا ، ولا حاجة للقول مع محكمة النقض أن القانون المدنى الأهلى الصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ قد عدل قانون المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ ، فيما يتعلق بنصوص بيع المريض ، لأن هذا القانون الأخير قد أخرج الوصية ، ضمن الموارث ، من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى ، فلم يكن فى حاجة إلى أى تعديل فى هذه المسألة .

ويتناقض تفسير محكمة النقض أخيراً . كما يقول الأستاذ صليب باشا سابى ، مع النصوص الواردة فى التقنينين المدنيين (م ٥٤ - ٥٥/٧٧ - ٧٨) والقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ . وتكرر مرة أخرى أن هذه النصوص لا دخل لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، بل هى قواعد للتنازع المولى ما بين القوانين .

أما أن تفسير محكمة النقض لأحكام بيع المريض يقضى حتماً بتحريم الوصية على جميع الأجانب المقيمين بمصر ، كما يذهب إلى ذلك الأستاذ صليب سابى باشا ، فغير صحيح ؛ لأن المادة ٣٤٣ من التقنين المختلط تمنع هذا التحريم ، تمنحه صراحة فيما يتعلق بالوصية فيما يخرج من الثلث لأنها تشير إلى « المادتين السابقتين » وهما يرضان لهذه القاعدة ، وتمنعه ضرورة فيما يتعلق بالوصية للوارث لأنها قاعدة متصلة أوثق الاتصال بالقاعدة الأولى . ولا يصح أن تطبق قاعدة منهما على الأجانب دون الأخرى ، فأن فى هذا تناقضاً لا يجوز

في التشريع . والصحيح أن القاعدتين مما لا تطبقان على الأجانب ، أما لأن الظاهر هو أن المادة ٣٢٣ عند ما أشارت إلى « اللادتين السابقتين » وقعت في خطأ مادي ، وكان الواجب أن تشير إلى « المواد الثلاث السابقة » ، وأما لأن المادة ٨٧ من التقنين المختلط تجعل وصية الأجنبي خاضعة لقانون جنسيته فلا تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية كما يقول الأستاذ صليب سامي باشا . وبذلك يسلم تفسير محكمة النقض ويرتفع الحرج ، والأستاذ صليب سامي باشا نفسه هو الذي اقترح الحل لرفضه .

هذا ما نعتقد أنه الصحيح قانونا ، ولم نرد أن نجاري القضاء المختلط فيما لا نعتده صحيحا . وألا كان لنا أن نستفيد من قضائه المضطرب بأن القاعدة التي تقضى بأن الوصية لا تجوز لو ارت محض لها جميع المقيمين في مصر ، مسلمين أو غير مسلمين ، مصريين أو أجانب (انظر في هذا للمني استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونه سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٥٢ - ١٥ يونية سنة ١٩٢٦ ب ٣٨ ص ٤٧٢) .

وقد أشار الأستاذ صليب سامي باشا إلى فروق عديدة بين الوصية وبيع المريض من حيث الأحكام التفصيلية ومن حيث الأساس (انظر مذكرته ص ١٠٢ - ص ١٠٥) . ولا تنابه في كل ذلك . ويكني أن نقول أن الشريعة الإسلامية تعطى بيع المريض حكم الوصية ، ولا جدال في هذا ، مهما تكن الفروق الظاهرية ما بين التصرفين . فالريض مرض الموت إذا تصرف حمل تصرفه على أنه وصية . وما كان لشخص أيقن من الموت القريب أن يعنيه من شؤون الدنيا ما يعني سائر الناس من بيع وشراء . وإنما هو وصى ، وهذا

ما يتفق مع حالته النفسية . ويجب تفسير نصوص التقنين المدني المصري على هذا الأساس ، فلا يكون هناك فرق في الحكم بين بيع المريض والوصية . وما قاله الأستاذ صليب سائى باشا من أن علة إبطال تصرفات المريض فى الشريعة الإسلامية هو اتفاق العيب فى حقوق الورثة ، وأما علة فى القانون المصرى فهو الإرادة المعبية ، لا نراه صحيحا . فالعلة واحدة فى الشريعة الإسلامية وفى القانون المصرى ، وهى حماية حقوق الورثة ، سواء كان التصرف بيع مريض أو وصية . وجعل الطعن فى بيع المريض يستند إلى عيب فى الإرادة فى القانون المصرى من شأنه أن ينحرف بهذا الطعن عن أساسه الصحيح ، فإن المريض قد يكون مستكملا لكل قواه العقلية ، ويبيع دون أن يكون هناك عيب فى إرادته ، ومع ذلك يبقى يبيع غير سار فى حق الورثة إلا إذا أجازوه . أما إذا شاب إرادة المريض عيب فهذا شئ آخر ، وعندئذ يجوز الطعن فى بيعه لسببين : المرض وهذا العيب الذى شاب إرادته .

١٠٢ - السبب الرابع - كون الوصية ليست من الأمور الدينية

كازواج حتى يتعين خضوعها للقوانين الطائفية : وهنا يسمع لنا الأستاذ

الجليل صليب سائى باشا أن نمدل على النحو المتقدم العنوان الذى وضعه للسبب الرابع . أما ما وضعه هو عنوانا : « كون الوصية من الامور المدنية يسرى عليها قانون موقع المقار » ، فلا يتفق مع الواى الصحيح لمحكمة النقض ، وقد خرج هو نفسه بهذه النتيجة بهذا بحث مستفيض . تقول محكمة النقض :

« وأما عدم جواز الوصية للوارث ، فإن مما يجب التنبيه إليه أن أصل

حكم الشريعة الإسلامية في وصايا غير المسلمين أنها إذا تصح إذا كانت قربة عند المسلمين وعند الموصين ، بحيث أنها إذا كانت قربة عند الموصين فقط وليست قربة عند المسلمين ، فالرأى الراجح أنها لا تجوز . فمن أوصى من المسيحيين مثلا لبناء الكنائس والبيع أو لإعانة الرهبان على الرهينة ، فإن وصيته تكون باطلة في رأى صاحبي أبي حنيفة ، لأنها إذا كانت قربة عند الموصي فليست قربة عند المسلمين . هذا هو الأصل الذي كان يمكن أن يقضى به القضاء الشرعيون إذا رفع إليهم الأمر . ولأن الوصية على الكنائس والبيع والقسس والرهبان هي من أم ما يتوسل به المسيحي لنيل ثواب الآخرة ، كما يتوسل المسلم بالوصية للمساجد وخدمة الشريعة الإسلامية ، فإجراء ذلك الحكم الشرعي على وصايا غير المسلمين فيه إخراج عظيم لهم . وهذا هو وحده المعنى الذي يهتم له المسيحيون ويعملون على تنفيذ وصاياهم فيه . فتنى صرح لهم بأن الثلث الذي لهم حق في الوصية به يصح أن يكون على وجوه معتبرة في دينهم ، فقد كمل لهم غرضهم . إما أن يدعوا أن هذا الثلث أو أكثر منه يصح أن يوصى به لوارث ، فإن هذه مسألة مالية صرفة لا علاقة لها بالدين ، بل هي من أمور الأحوال العينية التي يكون فيها التشريع عاما لكل الرعايا مهما اختلفت أديانهم — نبين هذا ليظهر فقدان كل حكمة في المناورة في الوطن الواحد بين المسلمين وغير المسلمين من حيث جواز الوصية للوارث وعدم جوازها . تريد محكمة النقض من ذلك أن تبين أن الحكمة في إخضاع موارث غير المسلمين لأحكام الشريعة الإسلامية هي نفسها الحكمة التي تقتضى أن تخضع وصية غير المسلم لهذه الأحكام ، ففي الحالتين ليس للدين هذا الشأن .

الذى يستدعى تطبيق القوانين الطائفية . والأمر الدينى الذى يجب مراعاته فى الوصية ، والذى يجب الأخذ فيه بما يدين به التميون ، هو الوصية بما هو قرينة عندهم وغير قرينة عند المسلمين ، كالوصية للكنائس والبيع والأديرة . فيجب القول بجواز هذه الوصية والأخذ فى ذلك بقول أبى حنيفة دون الصحاحين . فتى أجازت الوصية على هذا النحو ، فقد كمل لنير المسلمين غرضهم ، ولم يعد هناك ما تتأذى له الماطفة الدينية إذا طبقت أحكام الشريعة الإسلامية فى أن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولنير وارث ، إذ « أن هذه مسألة مالية صرفة لا علاقة لها بالدين » ، كما تقول محكمة النقض . ويجب إذن الأخذ بهذا الحكم فى وصية غير المسلم لأن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة فى الموارث والوصايا لجميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، ولأن « المقرر من قبل من جانب سلطان تركيا لوصايا غير المسلمين قد أصبح جزءاً من نظام الطوائف لا يجوز المدول عنه ، وقد أقره القانون المدنى وليس عنه من محيص . فتى قيل فى أى قانون من قوانين الطوائف أن الحكم يكون على مقتضى القانون الكنسى ، فعنى ذلك القانون الكنسى ملحوظاً فيه الأوامر التشريعية الصادرة من أولى الأمر والسلطان لأعلى » .

هذا ما تقوله محكمة النقض ، وهو قول سليم لا غبار عليه . ولا نعتقد أن محكمة النقض تريد أن تقول أن الوصية يجب أن تخضع لقانون المقار ، وهى ليست فى حاجة إلى هذا القول . أما ما جاء فى قولها من أن الوصية « من أمور الأحوال الشخصية التى يكون فيها التشريع عاماً لكل الرعايا مهما

اختلفت أديانهم » ، فلا تقصد به أكثر من أن تردد ما سبق لها تقريره من أن الأصل في الأمور المتعلقة بالمسائل المالية أن تكون من الأحوال العينية ، « وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لثقلها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية — وكلها من عقود التبرعات — تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة ، فألجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها من اختصاص الحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحتوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقدير حكمها » . ثم عرضت محكمة النقض بعد ذلك للقاعدة المعروفة فى فقه القانون الدولى الخاص من أن المقارنات تخضع لقانون موقعها (lex rei soli) لا تستخلص من ذلك أن الوصية تخضع لقانون موقع المقارن ، بل لتقرر فى القضية التى كانت منظورة أمامها « إنه لا يجوز إعطاء حق الانتفاع إلا لشخص أو أكثر موجودين على قيد الحياة ، ولا يجوز الإيصاء لشخص أو أكثر ولورثته من بعده ما تناسلوا ثم إلى الفقراء إلا على صورة الوقف يرصد به المال على جهة بر مؤبدة لا تنقطع ، وقد توجه المنفعة إلى من يشاء الواقف توجيهها إليه على أن تنتهى إلى جهة البر وتبقى لها على الدوام والتأيد » . وغنى عن البيان أن هذا التطبيق صحيح ، وإن كان لا شأن له بقضيتنا ..

ثانياً - الأسباب العرضية

١٠٣ - بقي من أسباب محكمة النقض ما يسميه الأستاذ صليب سامي باشا في مذكرته «بالأسباب المرضية». وهي عرضية كما يقول ، إلا سببا واحداً فانه رئيسي ، وهو الخطأ في الترجمة الذي تسبب عنه هذا التعميم الخاطي للتحجير السامي الصادر للروم الأرثوذكس .

ولا ندري لماذا يجعل الأستاذ صليب سامي باشا هذا السبب عرضياً على أهميته وخطره ، وعلى أنه سلم به في آخر الأمر . وليس وضعه بين الأسباب المرضية من شأنه أن يخفي أهميته .

ونحن نقصر هنا على تناول هذا السبب ، لأن اعتراضات الأستاذ صليب باشا على الأسباب العرضية الأخرى قد ردودنا عليها ضمناً فيما قدمناه .
١٠٤ - بعد أن استعرضت محكمة النقض بإيجاز التشرعات العثمانية ، وهي الخط المهابوني ولأمتة صفر والتحريرات السامية الثلاثة ، ذكرت في صدد التحرير السامي الثالث ما يأتي :

« ولم يرد في هذا المحرر الأخير شيء يجعل الحكم الخاص بالوصية ، والوارد بالمحرر الأول الصادر لبطركانة الروم الأرثوذكس عاماً أيضاً شاملاً لسائر الملل الغير المسلمة . لكن الباحثين الذين تناولوا هذا الموضوع من قبل ، هم والمحاكم التي نظرت فيه ، قد التبس عليهم الأمر بسبب سوء الترجمة من العربية أو من التركية للفرنسية ، وبدل أن يذكر في ترجمة محرر الباب العالي الأخير أن العام الشامل هو ما كان من الأحكام متعلقاً بكيت وكيت

(à relativement) ذكر فيها خطأ أن العام الشامل هو الأحكام الواردة بتلك المحررات مثل كيت وكيت (telles que ..). بهذه الترجمة السيئة صار تعميم أحكام الوصية الواردة بالمحرر الخاص يبطر كخانة الروم الأرثوذكس التي بالاستانة بين كل الطوائف غير المسلمة في كافة بلاد الدولة ومنها مصر . ولكن الحق أحق أن يتبع ، فإن أصل المحرر التركي الوارد من الباب العالي موجود بدفترخانة الديوان الملكي بسابدين ، وهو دال على أن أحكام الوصية تلك لم تعم ، وإن الترجمة للفرنسية خاطئة . وإذن فمن المتعين القول بأن ذلك الحكم الخاص بالوصية إنما كان تطبيقه مقصوراً على التابعين لتلك البطركية وحدهم ، ولا حجة فيه لأحد من غير أبنائها . على أن تلك البطركية قد عفت آثارها الآن ، وأصبحت الأحكام في تركيا مدنية بحتة لا سلطان لرجال الدين فيها .

وهذا هو ما شرحناه تفصيلاً فيما قدمناه ، وبيننا في صدره أن هذا التعميم الخاطئ ، للتحرير السامى الصادر للروم الأرثوذكس كان سبباً في الاضطراب الذى وقع فيه القضاء الأهلى والقضاء المختلط بشأن وصية غير المسلم ، بل كان سبباً في الخطأ الذى وقع فيه المشرع المصرى لما أصدر ذكرى تو سنة ١٩٠٢ للمسيحيين و ذكرى تو سنة ١٩٠٥ للأرمن الكاثوليك على خلاف ذكرى تو سنة ١٨٨٣ للأقباط الأرثوذكس . فأخرج في التشريع الأخير من اختصاص القضاء الملى الموارث عامة بما فيها الوصية ، ولم يخرج في التشريع الأولين إلا الموارث الطبيعية دون الموارث الإيصائية . وهذا هو ما كان لمحكمة النقض المصرية الفضل الأكبر في كشفه

لرجال القانون ولرجال التاريخ ، فلم يعد بعد ذلك عنبر لأحد في ألا ينصاع للحق ، « والحق أحق أن يتبع » .

وهذا هو ما قرره محكمة النقض السورية في حكمها الصادر في سنة ١٩٣١ ، وهو الحكم الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، في عبارات لا تجعل مجالاً للشك في أن هذه هي الحقيقة المقررة في بلد كان ألصق تبعية للدولة العلية من مصر ، وأكثر انصافاً بالتشريعات العثمانية ، وأوسع خبرة بمدى تطبيق هذه التشريعات ، وأبعد عن الخطأ في فهمها .

وهذا هو ما نمينا على محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الأخير ألا تعرض له بإيجاب أو نفي كأنها لم تحط به خبراً .

فماذا يجب الأستاذ صليب سامي باشا ؟

يبدأ في شيء من الإبهام ، فيقول : « إذا كانت الدولة العلية قد صممت أحكام المحرر السامي الخاص بالروم الأرثوذكس بين جميع الطوائف في كافة أنحاء تركيا ، وإن كانت الحكومة المصرية قد جرت على ذلك في مصر ، فليس لخطأ الترجمة الفرنسية في ذلك من ذنب » ١١

ومن قال أن الدولة العلية قد صممت أحكام التحرير السامي الخاص بالروم الأرثوذكس ؟ لم يقل ذلك إلا الأستاذ صليب سامي باشا وحده ، وإلا فإن ما تقلناه عن المصادر التاريخية يدل أبلغ الدلالة على أن الدولة العلية ، وهي صاحبة التشريع في هذه التحريرات السامية ، كانت تعنى ما نقول ، وأنها خصت طائفة الروم الأرثوذكس وحدها بالنظر في الوصايا ، حتى إن الطائفة الأخرى التي صدر لها بعد ذلك بشهرين اثنين تحرير سام ثان ، وهي طائفة

الأرمن الأرثوذكس ، لم تنل هذه المزية كما رأينا . وعلى العكس من ذلك من ذلك ، كانت الدولة العلية حتى سنة ١٣٢٦ هجرية تفتي مصر أن لأئمة ٧ سنة ١٣٧٨ لا تزال مطبقة ، وهي اللائحة التي تقرر وجوب تطبيق القاعدة التي تقضى بأن الوصية لا تجوز في الثلث ولنير وارث ، وقد سبق أن بينا ذلك .

فلا فائدة إذن من إنكار هذه الحقيقة التاريخية ، ولا يجدى في دفعها الاحتجاج بوجوب المساواة بين الطوائف ، فقد رأينا أن الدولة العلية لم تمنح طائفة الروم الأرثوذكس بهذه المعاملة إلا بعد نضال عنيف ، ولم يكن في سياستها أصلاً التوسع في الامتيازات الطائفية .

على أن الأستاذ الكبير صليب ساي باشا ، إذا كان قد بدأ في شيء من الغموض يدفع هذه الحجة القاطعة فقد انتهى أخيراً أن سلم بها إذ يقول :

« وعلى كل حال ، فهذا الخطأ في الترجمة ، على فرضه ، لا يؤثر في الحقوق التي ترتبت للطوائف التي صدر بنظائرها قوانين من الحكومة المصرية ، ومن هذه الحقوق حق الوصية طبقاً لحكم دينها . ولا تملك محكمة النقض على كل حال أن تنقض القوانين ، وتقضى على خلاف أحكامها بحجة أن أساس التشريع فيها مبنى على خطأ في الترجمة ، لأنه إذا جاز لمحكمة النقض أن تقصر القوانين عند غموض النص ، بمضاهاة نصها على الأصل الفرنسي إذا كان القانون قد وضع أصلاً بالفرنسية ، فلا يجوز لها دستورياً أن تنقض أحكام القانون الصريحة بحجة أن أساسها التشريعي خاطئ » .

يريد الأستاذ صليب ساي باشا أن ينقذ ما يمكن إنقاذه : ينقذ قوانين

الطوائف التي صدرت بها تشريعات مصرية، وهي طائفة الأقباط الأرثوذكس وطائفة الإنجليكانيين وطائفة الأرمن الكاثوليك، بحجة أن التشريع المبني على خطأ يبقى مع ذلك صحيحاً. لا بأس من التسليم له بذلك، على أن نضيف إلى قائمته طائفة الروم الأرثوذكس وهي التي صدر بشأنها التحرير الذي عمو خطأ، وعلى أن نخرج من القاعة طائفة الأقباط الأرثوذكس فهذه صدرت لانتحتها قبل التعميم الخاص، ولذلك خرج من اختصاص قضائها إلى الموارث عامة بما فيها الوصية كما يتنا.

ونكون إذن متفقين مع الأستاذ صليب سامي باشا على أن طوائف الروم الأرثوذكس والإنجليكانيين والأرمن الكاثوليك لهم الحق في نظر وصاياهم أمام قضائهم إلى طبقاً لحكم دينهم، على أن يراعوا القاعدة الأساسية في الميراث وهي التي تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ولنير وارث.

الباب الخامس

الباب الخامس

شرط اتحاد الملة

في اختصاص القضاء الملى

١٠٥ - على أن الشرط الجوهرى في اختصاص القضاء الملى ، الشرط الذى لا بد منه (sine qua non) على قول محكمة الاستئناف المختلطة - سواء أ كان هذا الاختصاص إجباريا أم كان اختياريا - هو أن تتحدد ملة الخصوم هذا المبدأ الأساسى لا يقوم - ولا يمكن أن يقوم - فى شأنه أى نزاع ، لأنه المبدأ الذى أجمعت عليه كل التشريعات التى تنظم القضاء الملى ، وهو المبدأ الذى أجمع عليه القضاء والفقهاء فى مصر .

ونحن بعد أن نستعرض التشريع والقضاء والفقهاء فى هذا الموضوع ، نتولى الرد على ما جاء فى مذكرة الأستاذ صليب سامى باشا فى هذا الصدد ، ثم نبين اختلاف ملة الخصوم فى قضيتنا .

(١)

التشريع والقضاء والفقه

في وجوب اتحاد الملة

أولاً - التشريع

١٠٦ - رأينا فيما قدمناه أن التشريعات التي تنظم القضاء الملى هي :

(١) الخط المهابوتى الصادر فى سنة ١٨٥٩ .

(٢) التحريرات السامية الصادرة فى سنة ١٨٩١ .

(٣) لائحة الأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٨٨٣ .

(٤) لائحة طوائف الانجيليين الصادرة فى سنة ١٩٠٢ .

(٥) لائحة الأرمن الكاثوليك الصادرة فى سنة ١٩٠٥ .

وهذه التشريعات كلها تقرر بصريح النص وجوب اتحاد الملة حتى

يصبح القضاء الملى مختصاً .

وها نحن نعيد نقل نصوصها فى هذه المسألة ، على أن يكون ما نقله

هذه المرة هى النصوص الفرنسية لأنها أكثر وضوحاً ، وقد سبق نقل

النصوص العربية .

١٠٧ - الخط المهابوتى : جاء فى المادة ١٨ من هذا التشريع ما يأتى :

"Les procès civils spéciaux entre les sujets d'un même rite chrétien ou autre non-musulman"

ويتبين من هذا أن شرط اختصاص القضاء الملى حتى لو كان اختياريا — وهو في الخط الممايوني اختياري دائما — أن تكون الخصوم من ملة واحدة . فإذا اختلفت الملة كان القضاء الشرعى هو المختص ، والشرعية الإسلامية هي الواجبة التطبيق ، لأن الشرعية الإسلامية هي الشرعية العامة للبلاد في مسائل الأحوال الشخصية .

١٠٨ — القرارات السامية : يعنينا من هذه القرارات التحرير السامى الأول الصادر في ٣ فبراير سنة ١٨٩١ للروم الأرثوذكس ، وهو وحده الذى عرض لمسألة الوصية . وقد جاء فيه ما يأتى :

"Cependant, cette décision étant relative à la communauté grecque orthodoxe, les contestations seront du ressort des tribunaux de la Sublime Porte au cas où une partie des héritiers appartiendrait à une autre communauté, ou appartiendrait à une autre nationalité étrangère"

وهذا صريح فى وجوب اتحاد الملة حتى تكون الوصية داخلة فى اختصاص القضاء الملى .

١٠٩ — نوع الأقباط الأرثوذكس : جاء فى المادة ١٦ من هذه اللائحة

"Il appartient également au conseil de connaître des différends qui surgissent entre coptes"

فالنص صريح فى أن الأفضية التى يختص بنظرها المجلس الملى — سواء كان اختصاصه إجباريا أو اختياريا — يجب أن تكون أفضية فيما بين الأقباط الأرثوذكس ، أو فيما بين أبناء الملة كما يقول النص المرنى . فإن اختلفت

الملة ، فالاختصاص للمحاكم الشرعية ، والشرعية الإسلامية هي التي تطبق .
١١٠ — لوائح الإنجليز : جاء في المادة ٢١ من هذه اللائحة :

"Le conseil général sera compétent pour entendre et juger toutes questions relatives au statut personnel, qui naissent entre Protestants indigènes

Cependant, sa compétence ne s'étendra à aucune matière qui ne peut être régulièrement décidée sans appeler devant le conseil, en qualité des parties en cause, des personnes autres que des Protestants indigènes."

وفي هذا أيضا النص صريح في أنه لا بد من اتحاد الملة . بل أن هذه اللائحة لا تنكح بأن تكون الخصومة قائمة بين إنجليز ، فهي تشترط فوق ذلك ألا تكون الدعوى بحيث لا يمكن الفصل فيها إلا بإحضار أشخاص غير إنجليز وطنيين أمام المجلس بصفة خصوم فيها . وقد قدمنا مثالا لذلك أن يرفع الإبن دعوى النسب على أبيه ، وكل منهما إنجليز ، فيقتضى الأمر ادخال الأم في الدعوى لإثبات زواجها الشرعي بالأب ، وتكون الأم غير إنجليزية . ففي هذه الحالة يكون الاختصاص للمحاكم الشرعية لا للمجلس الملى .
١١١ — لوائح الأورسنة الأرمن : جاء في المادة ١٦ من هذه اللائحة :

"Les commissions seront compétentes pour juger toutes questions relatives au statut personnel entre Arméniens Catholiques indigènes

Cependant, leur compétence ne s'étendra à aucune matière qui ne peut être régulièrement décidée sans la mise en cause de personnes autres que les Arméniens Catholiques indigènes

وهذا النص يطابق النص الذي نقلناه عن لائحة الإنجليز ، وما قيل هناك يقال هنا .

ثانياً - القضاء

١١٢ - والقضاء المصري ، من أهلى وشرعى ومختلط ، يجعل اتحاد الملة شرطاً أساسياً لاختصاص القضاء للملى .

١١٣ - القضاء الأهلى : قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه يشترط لاختصاص المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس فى مسائل الإرث شرطان : الأول أن يكون التقاضى أمامه برضاء الأخصام . والثانى أن يصدر قراره فى حدود اختصاصه ، أى بين الأشخاص التابعين للطائفة المذكورة . فإذا صبح الاستدلال على رضاء الأخصام باختصاصه لسكوتهم على التقاضى أمامه ، فإنه لا يختص على كل حال بالفصل فى مسائل الإرث إذا كان بين الأخصام شخص تابع لملة أخرى (١٥ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٩١٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان هناك اختلاف فى مذهب الطرفين فيتين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لتصرفات الولى فى مال ابنة (١٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٣٢٤) .

وقضت نفس المحكمة بأن الرأى قد استقر على أن المجالس الملية للطوائف غير الإسلامية تنظر اختياراً فى مسائل الموارث الخالية من الوصايا ، وإلزامياً بالنسبة للسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، بشرط أن يكون النزاع بين شخصين من ملة واحدة . أما فيما عدا ذلك فالحاكم الشرعية هى المختصة لإنها المحكمة الطبيعية للبلاد ، وهى تطبق فى قضائها أحكام الشريعة الإسلامية لا شريعة المتخاضمين . وعلى ذلك فتختص بالحكم فى صحة

الوصايا من رعايا الحكومة المحلية غير المسلمين إذا كانوا من ملل مختلفة (١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٧١) . ويلاحظ على هذا الحكم أنه يذهب إلى أن اختصاص القضاء للملّي في الوصايا إجباري على خلاف ما قضت به محكمة النقض . ولكنه مع ذلك يحمل اتحاد الملة شرطا أساسيا لهذا الاختصاص .

وقد صدر حكم من محكمة مصر بصفة استثنائية في ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٤ ، أيذنه محكمة النقض وأثبتت عليه ، وهو يعالج هذه المسألة معالجة مستفيضة في كثير من الدقة والأحكام . وقد جاء فيه ما يأتي :

« وحيث أن تاريخ التشريع للطوائف التي لا تدين بدين الإسلام والنصوص الصريحة في هذا الشأن لا تدع مجالا جديا للشك الذي يحاوله البعض في اختصاص الحاكم الشرعية بالفصل في مسائل الأحوال الشخصية في حالة عدم اتحاد دين الخصوم وملتهم ، إذ جاءت المادة ١٨ من المخطط الهمايوني الصادر في سنة ١٨٥٦ صريحة في أن اختصاص مجالس الطوائف قاصر على حالة ما إذا كانت الدعوى بين اثنين من المسيحيين أو اثنين من الرعايا غير المسلمين ، فالنص إذن يستبعد أولا ، وبلا جدال ، حالة ما إذا كان أحد الطرفين مسلما سواء كان مدعيا أو مدعى عليه . وما كان يتسنى النص على غير هذا ، فإن القول بغيره متصادمة لقواعد الشريعة الإسلامية التي لا تجيز لغير المسلم أن يقضى على المسلم ، إذ لم يحمل الله لغير المسلمين على المسلمين من سبيل . مع أنه وإن كانت عبارة نص المادة ١٨ غير قاطعة في وجوب اتحاد ملة غير المسلمين المتقاضين أمام المجالس الطائفية (يلاحظ هنا أن

المحكمة لم ترجع إلى الترجمة الفرنسية الدقيقة التي أوردها youug وهي صريحة في وجوب اتحاد ملة غير المسلمين ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) ، إلا أن النصوص السابقة لها تشير بهذا إذ قررت تشكيل مجلس خاص انظر الدعاوى المختطة تجارية كانت أو مدنية - التي تقع بين مختلي الدين أو الملة أو المذهب ، فلو كان يريد المشرع مد اختصاص المجالس المليية إلى مثل هذه الأحوال في قضايا الأحوال الشخصية لفعل ، ولأني بتعبير غير التعبير المحدود في م ١٨ - يؤيد هذا أيضا أن نص المادة ١٨ يقضى بأن المجالس المليية لا تختص في مسائل الأحوال الشخصية الا اذا أراد أصحاب الدعاوى - وهو ما جعل الرأي حيناً على أن اختصاص المجالس المليية اختياري لا الزامي - فكيف يتفق هذا الاختيار مع اجبار المدعى على السعي لمحكمة المدعى عليه ؟ على أن هذا هو التفسير الذي استقر عليه الرأي في مصر ، كما فسرت في مصر بعض النصوص الأخرى تفسيراً خاصاً ، فقد بدت رغبة المشرع في هذا واضحة جلية حين أصدر القوانين الثلاثة الخاصة بالأقباط الأرثوذكس والإنجيليين والأرمن الكاثوليك . فقضى في المادة ١٦ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ الخاص بالأقباط الأرثوذكس ... على أن اختصاص المجلس يكون فيما يقوم بين « أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية » . كذلك م ٢١ من الأمر العالي الصادر في سنة ١٩٠٢ بخصوص الإنجيليين ، فقد نصت صراحة على أن اختصاص المجلس الملي « لا يتناول أى مادة من المواد التي لا يمكن الفصل فيها إلا بإحضار أشخاص غير إنجيليين وطنيين أمام المجلس بصفة خصوم » . وهذا يطابق النص الوارد في المادة ١٦ من قانون ٢٧ سنة ١٩٠٥

الخاص بالأرمن الكاثوليك . وهي نصوص صريحة تقطع بآلاً اختصاص للمجالس المالية إلا إذا اتحدت ملة المتقاضين ، ولا اختصاص لها بحال إذا اختلفت . ويجب الالتجاء حتماً في هذه الأحوال للمحاكم الشرعية التي تعتبر المحاكم العامة بالنسبة لجهات الأحوال الشخصية الأخرى . فضلاً عن أن اختصاصها ثابت شرعاً بإجماع الفقهاء إذا كان أحد الخصمين مسلماً ، مدعياً كان أو مدعى عليه ، وبين غير المسلمين إذا ترفع إليها أحد الخصمين فيما عدا الأنكحة وفقاً لمذهب الإمام الأعظم الواجب الاتباع أمامها . ويؤيد هذا ما جاء في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩٣٠ ، التي نصت في الفقرة الأخيرة من م ٩٩ على أنه لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق . وجاء في المذكرة الإيضاحية : « كانت المحاكم الشرعية عملاً بالمادة ٢٨٠ من اللائحة تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة في الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر ، وكان في ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التي لا تدين بوقوع الطلاق » . ويستفاد من هذا بداهة أن المحاكم الشرعية مختصة بنظر دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بنير المسلمين . وما ذلك بطبيعة الحال إلا في حالة اختلاف الدين أو الملة ، أي أن المشرع اعتبر هذا الاختصاص مفروضاً منه ، ووضع له قاعدة موضوعية في حالة من أحواله ، وهي طلاق غير المسلم لزوجته غير المسلمة » . (انظر الحكم منشوراً بأكمله في مجموعة أحكام التقض للأستاذ محمود عمر جزء أول ص ٥٦٨ - ص ٥٨٥ ، وانظر فيما نقلناه من الحكم ص ٥٨٢ - ٥٨٤) .

وقد قالت محكمة النقض عن هذا الحكم إنه صالح الموضوع «معالجة قانونية قيمة يحرم معها القول بأن هذا الحكم شط فأبطل حكم محكمة الخرطوم أو حكم المجلس الملى اقتناتا منه واعتداء على محارم القانون» (أنظر المجموعة المشار إليها جزء أول ص ٥٩٦).

ولا حاجة إلى إيراد أحكام أخرى وهي كثيرة . وحسبنا أن نحتّم القضاء الأهلي بإيراد حكيمين حاسمين أصدرتهما محكمة النقض فاستقر عليهما القضاء في هذه المسألة .

صدر الحكم الأول في ١٥ يونيه سنة ١٩٣٣ (مجموعة أحكام النقض جزء أول ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨) يؤيد حكم محكمة استئناف مصر الأهلية الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) ، ويقضى بأن مناط اختصاص مجلس الطوائف غير الإسلامية بالفصل فى المنازعات الناشئة عن الوصايا هو اتحاد ملة ذوى الشأن فيها . فإذا اختلفت مللهم كانت الجهة الوحيدة التى يرفع إليها النزاع هى المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام فى مواد الأحوال الشخصية .

وصدر الحكم الثانى فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ (الحاماة ١٩٤٠ ص ٥٩١) ، وهو يقضى بأن دعوى النسب لا تكون من اختصاص المجالس المليّة إلا إذا اتحدت ملة الخصوم . أما إذا اختلفت هذه الملة فإن المحاكم الشرعية - لعدم اختصاص أى طائفة بالحكم بين المتخاصمين - هى المختصة دون غيرها بالفصل فى ذلك ، لأنها هى محاكم الأحوال الشخصية العامة فى مصر . (انظر أيضاً تقرير المستشار القضائى فى سنتى ١٩٠٠ و ١٩٠١ ومنشورى .

وزارة الحفانية فى ٢١ يونيه سنة ١٩١٤ و ١١ يناير سنة ١٩٢٣).

بل إن القضاء الأهلى يجرى على هذه القاعدة حتى لو كانت ملة الخصوم متحدة ثم غير أحدهما ملته بعد ذلك ، فيجعل المحاكم الشرعية هى المختصة استناداً إلى « أن الاعتقاد الدينى مسألة نفسية محضة لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا من طريق المظاهر الخارجية الرسمية ، وإذا ما غير إنسان دينه أو مذهبه ، فلا يخضع من وقت التغيير إلا لأحكام هذا الدين الجديد أو هذا المذهب الجديد ، ولا ينبغي أن ينظر القضاء - أيا كانت جهته - إلا فى توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين أو هذا المذهب . فإذا ما كانت متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقاً لأحكام ذلك الدين أو المذهب الجديد (تقضى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة أحكام النقض جزء ٢ ص ٣٢ - ص ٣٦ - انظر أيضاً محكمة مصر بصفة استئنافية ، وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه : مجموعة أحكام النقض جزء ١ ص ٥٧٧) .

١٤٤ - القضاء الشرعى : وبذلك قضت أيضاً المحاكم الشرعية ، فاشتطت اتحاد ملة الخصوم حتى يكون القضاء للملى مختصاً . وفى القضية التى نحن فى صندها بالذات ، قضت المحكمة الشرعية العليا فى ١١ مارس سنة ١٩٣٥ ، بأن مدار اختصاص القضاء للملى من عدمه يرجع إلى معرفة ما إذا كان الخصمان متحدين مذهباً ، فيكون نظر الوصايا من حق حكمتها ، أو مختلفين فتسلب هذا الحق .

وهذا ما قرره محكمة قنا الشرعية فى ٢٩ يوليه سنة ١٩٢٩ (وهو الحكم

المشار إليه فيما سبق : الحماية الشرعية ١ ص ٦٨٨ - ص ٦٨٩) ، وهي تقول
في هذا المعنى : « وللبادئ العامة تقضى بأن دعوى الوراثة من اختصاص
المحاكم الشرعية اتحد فيها مذهب الخصوم أو اختلف ، إلا في حالة ما إذا اتحد
مذهبهم واتفقوا على التراجع أمام مذهبهم الملى فيكون المجلس في هذه الحالة
فقط مختصا بنظرها ، ولم تستثن الوراثة للفترة بوصية . وأن مذهب الخصوم
في هذه القضية مختلف فلا يكون المجلس الملى مختصا . والمحكمة العليا لم
تعرض على هذا السبب الذى أوردته محكمة قنا إذ ذكرت في أسباب حكمها :
« وحيث أن المادة ١٦ من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٧ بتعديل ترتيب
واختصاص مجلس عمومي للأقباط الأرثوذكس نصت على أن من وظائف
المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال
الشخصية الخ الخ » (١٥ أبريل سنة ١٩٣٠ الحماية الشرعية ١ ص ٦٨٨ -
ص ٦٨٩) .

انظر أيضا في هذا المعنى محكمة مصر الشرعية في ٢٨ مارس سنة ١٩١٧
مجلة الأحكام الشرعية ١١ ص ١٨٣ - محكمة جرجا الشرعية في ١٥ يونية
سنة ١٩٢٩ الحماية الشرعية ١ ص ٤٢٦ .

١١٥ - القضاء المختلط : أحكام هذا القضاء هي أيضا مضطردة في أن
اتحاد الملة شرط لا بد منه (sine qua non) لاختصاص القضاء الملى .
من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩٢١
(ب ٣٣ ص ٢٦٣) .

"Un patriarcat ne peut prononcer une condamnation pécuniaire contre une personne appartenant à une autre communauté religieuse."

وقضت بالنسبة لطائفة الأرمن الكاثوليك في ٥ مارس سنة ١٩٢٥
(ب ٣٧ ص ٢٦٧) بما يأتي :

"Cependant, leur compétence ne s'étendra à aucune matière qui ne peut être régulièrement décidée, sans la mise en cause des personnes autres que les arméniens catholiques indigènes, ni aux questions de succession ab intestat, sauf dans le cas où toutes les parties consentent à leur juridiction."

وحتى الأحكام التي تنهب إلى أن اختصاص القضاء الملى إجبارى في جميع مسائل الأحوال الشخصية عدا الموارث الطبيعية تعاق هذا الاختصاص على اتحاد ملة المخصوص ، وتعتبر هذا الشرط أساسيا .

ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ (ب ٣٨ ص ٢٢٠) .

"Bien que d'après le Hatt Hamayoun du 18 févr. 1856, l'accord des parties soit requis pour attribuer aux conseils des communautés, non seulement les procès de succession, mais aussi les autres affaires du statut personnel, telles que l'état et la capacité des personnes, la curatelle et les droits de famille, la Cour, en s'inclinant à la pratique différente qui s'était constituée en Egypte et que le Gouvernement Egyptien a fini par consacrer législativement, a, depuis 1893, conformé sa jurisprudence à la nouvelle conception d'après laquelle la compétence des patriarchats en matière de statut personnel est reconnue obligatoire, tout en maintenant leur caractère facultatif de leur compétence successorale ab intestat. Le Gouvernement égyptien a cependant subordonné la compétence exclusive de statut personnel, par lui attribuée au patriarcat, à la condition sine que non que les plaideurs appartiennent tous au même rite du conseil qui est saisi : cette restriction s'applique aussi aux patriarchats dont les règlements n'ont pas encore été approuvés par le Gouvernement, tels que le Patriarcat Grec-catholique,

ويلاحظ أن الحكم يشير إلى تحول تم في القضاء المختلط منذ سنة ١٨٩٣ بشأن القضاء الإجبارى للقضاء الملى . وهذا التحول قد حدث ، كما ذكرنا ، بعد صدور التحريرات السامية فى سنة ١٨٩١ وما نجم عن صدورهما من التعميم الخاطى* للتحريرو الأول .

وفى حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة (١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ ب ٤٠ ص ٣٠٣) ، مع أنها ذهبت إلى أن اختصاص القضاء الملى فى الوصايا إجبارى ، بأن هذا مشروط باتحاد ملة المحصوم ، أى الورثة والموصى لهم جميعاً وقد قررت ما يأتى :

“On ne saurait soutenir que le pouvoir juridictionnel des patriarchats est obligatoire en matière testamentaire, sauf quand les héritiers appartenant à une communauté ou à une nationalité différente déclinent ce pouvoir, car si le Gouvernement égyptien a attribué aux patriarchats une compétence absolue et exclusive de statut personnel, il l'a subordonnée à une condition sine qua non, à savoir que les plaideurs appartiennent tous au même rite du conseil qui a été suivi. Par conséquent, il ne suffit pas que les héritiers aient été d'accord pour soumettre le différend au patriarchat; si les légataires sont parties en cause et que parmi eux il y aurait de rite différent de celui du défunt et des héritiers, la condition sine qua non de la compétence du patriarchat n'est pas satisfaite, et il y a lieu de méconnaître sa compétence.”

ومن الأحكام ما تشترط اتحاد ملة الورثة دون الموصى لهم (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ ب ٣٥ ص ٥٤٥ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ ب ٣٧ ص ٤٤٦) .

بل ذهب القضاء المختلط إلى وجوب اتحاد الملة حتى في دعوى النسب
(استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ ب ٣٨ ص ٢٢٠) ، متفقاً في ذلك مع
قضاء محكمة النقض الذي سبق ذكره .

انظر أيضاً فيما يتعلق بالنفقات والمهر والجهاز : استئناف مختلط ٢٤
دسمبر سنة ١٩٠٢ ب ١٥ ص ٧٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ ب ٤٨ ص ٢١٥ .
وفيما يتعلق بالوصايا : استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٣ ب ٥
ص ٢٧٦ .

وفيما يتعلق بالموارث : مصر المختلطة ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨
ص ٣٣ - وفي حالة اختلاف الجنسية لا الملة : استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة
١٩٣٦ ب ٤٨ ص ٢١٥ وانظر كذلك : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢
ب ٤٤ ص ٣٠٥ .

والقضاء المختلط كالتقضاء الأهلي لا يحمل القضاء الملى مختصاً ، حتى في
حالة ما إذا كانت اختلاف الملة راجعاً إلى تغيير الشخص لمذهبه أو لدينه
(استئناف مختلط ٩ دسمبر سنة ١٩١٤ ب ٢٧ ص ٤٥ - ٥ يونيو سنة ١٩١٧
ب ١٩ ص ٢٨٧ - ١٨ دسمبر سنة ١٩٢٣ ب ٣٦ ص ٨٨) .

٢١٦ - يخلص مما تقدم أن القضاء على اختلاف أنواعه ، من أهلى
وشرعى ومختلط ، قد استقر على وجوب اتحاد الملة حتى يصبح القضاء الملى
مختصاً بماهوى الأحوال الشخصية .

ثالثاً — الفقه

١١٧ — وليس الفقه بأقل اضطراباً وثباتاً على هذا المبدأ المستقر .
ففقهاء قانون المرافعات والقانون الدولي الخاص يرون أن اتحاد الملة شرط
ضروري لاختصاص القضاء الملى : انظر شرح لأئحة الإجراءات الشرعية
لأحمد قحة بك وعبد الفتاح السيد بك فقرة ٨١٣ — فقرة ٨١٤ — المرافعات
للأستاذ المشاوى بك فقرة ٤٩٠ — المرافعات للأستاذين دسرتو وعبد
الفتاح السيد بك فقرة ٥٨٥ فقرة ٥٨٢ — القانون الدولي الخاص للأستاذ
الزيني ص ٥٤٧ — القانون الدولي الخاص للأستاذ حامد زكى ص ٦٠٤
وص ٦٠٧ — قارن مع ذلك القانون الدولي الخاص للدكتور أبو هيف
بك جزء ٢ فقرة ٦٣٠ ص ٩٣٥ ص ٩٣٦ وهو يرى أنه يكفي أن يكون
المدعى عليه تابعا لقضاء طائفة معينة حتى يثبت الاختصاص لمجلس هذه
الطائفة الملى . وقد تولى الأستاذ أحمد عبد الهادى فى مقال مفصل نشر
بمجلة القانون والاقتصاد (السنة الخامسة ص ٢١ وما بعدها) الرد على هذا
الرأى الذى اقترده الدكتور أبو هيف بك .

١١٨ — ويذهب الأستاذ سيزوستريس باشا إلى أن شرط اتحاد الملة ،
حتى يصبح القضاء الملى مختصاً ، ضرورى فى الوضعية . أما فى الزواج فليس
بضرورى ، وإذا اختلفت الملة فى هذه الحالة كان القضاء الملى الذى يتبعه
المدعى عليه هو المختص (أنظر كتابه عن البطر كحانات ص ٣٠٢) .
ولا محل — أمام النصوص الصريحة التى نقلناها عن التشريعات التى

تنظم القضاء الملى في مصر وأمام القضاء المصرى المضطرد الثابت على النحو الذى بيناه - لهذا التمييز بين الوصايا ومساائل الزواج . فكل مسائل الأحوال الشخصية لا تدخل في اختصاص القضاء الملى إلا إذا أتمت ملة الخصوم . أما إذا اختلفت الملة فالحكم الشرعية هى المختصة .

١١٩ - ويسأل الدكتور بندادى شرط اتحاد الملة تمليلا يُخْرِجُهُ على أحكام الشريعة الإسلامية . فإن الفقه الإسلامى إذا كان يميز في بعض الأحوال الاستثنائية تطبيق قانون الملة ، فلا يجوز أن يكون هذا القانون حجة إلا على أبناء الملة وحدهم ، ولا يكون متعمدا إلى غيرهم من أبناء الملل الأخرى (أنظر رسالته ص ١٥٦ - ص ١٦٠ وهو يورد هذا المعنى ويرد في الوقت ذاته على الأستاذ سيزوستريس باشا في رأى الذى نقلناه عنه) .
وانظر أيضا في وجوب اتحاد الملة رأى الأستاذ Zasy أحد فقهاء القانون الدولى الخاص (مذكرة النيابة ص ١٥) .

(٢)

الرد على مذكرة الأستاذ صليب سامى باشا في شأن اتحاد الملة

١٢٠ - يقول الأستاذ صليب سامى باشا أن شرط اتحاد الملة لا يمكن

تطبيقه في دعاوى الأثر والوصية لأسباب خمسة ، نعقب عليها بالرد سببا سيبيا .

١٢١ — السبب الأول : يقول الأستاذ الكبير أن الاختصاص في

دعاوى الأثر والوصية إنما يتعين بحالة المورث أو الموصى عند وفاته ، وليس بحالة الخصوم من الورثة أو غيرهم عند رفع الدعوى . ويزيد هذا القول إيضاها عندما يضيف (ص ٩١) : « أما كون الاختصاص في دعوى الوصية يتعين بحالة الموصى ، فلأن المادتين ٥٥ و ٥٥ من القانون المدني تقضيان بخضوع الوصية لشرعية الموصى . وهكذا تقضى المادتان ٧٧ و ٧٨ من القانون المختلط ، والمادة ٣ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية . وحكم هذه المواد يتفق وحكم الشريعة تماما » . وقد يئنا فيما قدمناه أن المواد ٥٤ و ٥٥ من القانون المدني الأهلي ٧٧ و ٧٨ من القانون المدني المختلط و ٣ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ لا علاقة لها بموضوعنا بتاتا ، وأنها تعرض للنزاع الدولي ما بين القوانين ، ولا شأن لها بالنزاع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، فلا نعود إلى ذلك . ويئنا أيضا أن حكم الشريعة الإسلامية يختلف تماما ، بل هو على النقيض مما يذهب إليه الأستاذ الجليل .

١٢٢ — السبب الثاني : ويقول الأستاذ صليب سامي باشا في السبب

الثاني أن أحكام الاختصاص الواردة في لوائح تشكيل المجالس المالية يجب أن تفسر في ظل الأحكام الموضوعية الواردة في القانون المدني ، وأنه إذا كان

هناك تعارض ظاهري ، فالواجب أن ترجح الأحكام الموضوعية الواردة في القانون المدني على الأحكام الإجرائية .

وواضح أن هذا السبب الثاني مرتبط بكل الارتباط بالسبب الأول .
والمفروض فيه أن الأحكام الموضوعية الواردة في القانون المدني ، وهي التي يرجحها الأستاذ صليب سامي باشا على الأحكام الإجرائية الواردة في لوائح تشكيل المجالس المالية ، لها المعنى الذي يقول به . أما وقد تبين أن هذه الأحكام الموضوعية لا شأن لها مطلقاً بموضوعنا ، وألاً تناقض بينها وبين الأحكام الإجرائية ، بل أن كل نوع من هذه الأحكام له نطاق مستقل عن نطاق الآخر ، فالأولى نطاقها التنازع الدولي والآخرى نطاقها التنازع الداخلي ، فلا تناقض إذن ولا تعارض ، ويجب حصر كل نوع في نطاقه .

على أنه لو صبح هذا التعارض - وهو غير صحيح - لوجب أن يقيد القواعد الخاصة الواردة في القانون المدني ، لأن الخاص يقيد العام .

١٢٣ - السبب الثالث : ويقول الأستاذ صليب سامي باشا في السبب الثالث أن قواعد المنطق السليم تقضي باختصاص المجلس الملي بنظر دعوى الوصية ولو اختلفت ملة الأخصام خوفاً من التحليل على القانون . ويخشى الأستاذ صليب باشا من أنه لو أخذنا بالرأى الآخر ، فإن الورثة تسارع إلى تغيير مذهبهم حتى تختلف ملتهم فتصبح الوصية من اختصاص القاضي الشرعي فيفقدوا بطلانها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

ولمادة يخشى الأستاذ المجلس من تطبيق الشريعة الإسلامية على الوصية

وهي الشريعة العامة للبلاد ، وينبغي تطبيقها دائماً حتى يمكن توحيد هذه القوانين المتضاربة !!

على أن تغيير الورثة للمتهم ليس بالأمر الهين . وَم بَعْدَ لَيْسُوا فِي حَاجَةِ إِلَى هَذَا التَّغْيِيرِ . فقد قدمنا أنه حتى لو اختص القضاء الملى بنظر الوصايا ، فالواجب أن يبطل الوصية فيما زاد على الثلث أو فيما كان منها لوارث . فالخوف من التحايل على القانون لا محل له ، لأن قانوناً واحداً هو الذي يطبق ، بقي الورثة على مذهبهم أو عمدوا إلى تغييره .

ويستشهد الأستاذ صليب باشا بما جاء في كتاب الأستاذ صفوت بك (ص ٣٣ — ٣٤) وقد نقل عنه ما يأتي : « يستنتج من ذلك أن مادة الوصية من اختصاص الطوائف الإجباري ، تحكم فيه طائفة الموصي ولو اختلفت ملة الموصوم . وحكما الموضوعي في أغلب قوانين الطوائف أنها مطلقة من كل قيد ، فتجوز لوارث بنير إجازة الورثة ، وتجوز بأكثر من الثلث » .

ولكن الأستاذ صفوت بك يستمر قائلاً : « إلا أنها تخضع في مصر لهذين القيدين ، فلا تكون لوارث ، ولا تنفذ بأكثر من ثلث مال الموصي بنير إجازة باقي الورثة . ولو أن أغلب مجالس الطوائف تتجاوز عن هذين الشرطين اعتماداً على نص للمشور الصادر من الباب العالي في ١٣ جمادى آخر سنة ١٣٠٨ (٣ فبراير سنة ١٨٩١) إلى طائفة الروم الأرثوذكس بالاستانة الذي جعل لهذه الطائفة وحدها حق الحكم في أمر الوصية بلا قيد ولا شرط ، والمقال بأنه عم لسائر الطوائف خطأ منشور ١٩ شوال سنة ١٣٠٨ (مايو .

سنة ١٨٩١) كما سبق شرح ذلك . وهذه وجهة نظر خاطئة .

فينقل الأستاذ صليب سامى باشا ما يؤيد وجهة نظره ، وينقل ما يعارضها ، مع أن صفوت بك انضم في نهاية الأمر إلى رأى محكمة النقض وأورد أسباب حكمها مؤيدا لها دون أى تحفظ .

١٢٤ - السبب الرابع : يقول الأستاذ صليب سامى باشا في السبب الرابع : « إن القوانين الصادرة بتشكيل المجالس المليية لم تشترط في اختصاصها بالوصية اتحاد ملة المحضون كما اشترط ذلك المحرر السامى الصادر في ٣ فبراير سنة ١٨٩١ . وكل ما نص عليه في المادة ٢١ من قانون سنة ١٩٠٢ والمادة ١٦ من قانون سنة ١٩٠٥ أن اختصاص المجلس لا يتناول أى مادة من المواد التى لا يمكن الفصل فيها إلا بإحضار أشخاص غير إنجليز ، أو من غير الأرمن الكاثوليك ، بصفة خصوم في الدعوى » .

وهذا القول لا يتفق مع النصوص الصريحة التى وردت في القوانين الصادرة بتشكيل المجالس المليية . فقد رأينا أن ذكره سنة ١٨٨٣ الخاص بالأقباط الأرثوذكس يقول في وضوح تام أن الدعاوى التى ينظرها المجلس الملى هى التى تقوم ما بين أبناء الملة ، ومعنى ذلك وجوب اتحاد الملة حتى يكون القضاء الملى مختصا . وكذلك يقول ذكره سنة ١٩٠٢ الخاص بالإنجليز وذكره سنة ١٩٠٥ الخاص بالأرمن الكاثوليك أن الدعاوى التى ينظرها المجلس الملى هى التى تقوم ما بين الإنجليز أو بين الأرمن الكاثوليك من المصريين . وزيد هذان الشرطان القاضى بعدم إحضار خصم من

غير أبناء الملة في القضية . وهذا الشرط هو الذي يشير إليه الأستاذ صليب ساسي باشا ، ويعتبره الشرط الوحيد ، ثم يفسره تفسيراً غريباً فيقول : « لم يأت الشارع بهذا النص عفواً ، لأن من مسائل الأحوال الشخصية كما قدمنا ما يتعلق الاختصاص فيها بأشخاص المصوم كالزواج والطلاق ، ومنها ما يتعلق الاختصاص فيها بشخص المدعي عليه . كدعوى النسب ، أو بشخص المورث أو الموصى كدعوى الارث ودعوى الوصية » .

هذا التفسير غريب . فإن جميع القضايا - الزواج والطلاق والنسب والارث والوصية - تتعلق الاختصاص فيها بأشخاص المصوم جميعاً لا بشخص خصم دون آخر . فدعوى النسب إذا كانت مرفوعة من الابن على أبيه ، تحدد الاختصاص الداخلي ، بالنسبة لحاكم الأحوال الشخصية ، حسب ما إذا كان الطرفان من ملة واحدة أو من ملتين مختلفتين . ففي الحالة الأولى يكون الاختصاص للمجلس الملي ، وفي الحالة الأخرى يكون للمحاكم الشرعية . وأما ما جاء في المادة ٢٩ من لأئحة التنظيم القضائي الملحق باتفاقية مونتريه من أن قانون الأب هو الواجب التطبيق ، فهذا إما أن يكون في حالة التنازع الدولي ما بين القوانين كما قدمنا . وكذلك الأمر في دعاوى الميراث والوصية .

ويبدو الأمر أشد غرابة إذا تتبعنا الأستاذ صليب ساسي باشا في تمة بحثه . فهو يقول : « وغل البحث هل يمكن الفصل في دعوى الوصية دون إحضار أشخاص بصفة خصوم في الدعوى أم لا » .

وجه الغرابة في هذا القول أن الأستاذ الكبير يسأله هل يمكن أن تقوم دعوى الوصية ولا يكون فيها إلا طرف واحد هو الموصى له ، فلا يقتضى الأمر إدخال الورثة خصوما فيها ؟ ويجب الأستاذ على هذا السؤال بالإيجاب على التفصيل الآتى :

« النزاع لا يخرج عن أن يكون طعنا في صحة الوصية شكلا أو موضوعا . أما شكلا فالوصية تصبح صحيحة بمجرد التصديق عليها من المجلس الملى . ولكن هل هذا يعنى أن النزاع لا يقوم أبدا على الشكل ؟ من المحقق أن النزاع على الشكل قد يقوم . فإذا قام يكون ذلك بين الورثة والموصى له ، وعندئذ ترفع دعوى يكون الخصوم فيها هم هؤلاء جميعا ، فلا بد إذن من دخول الورثة خصوما في الدعوى ولا يمكن تجنب ذلك بتاتا . وعندئذ يجب البحث في اتحاد ملة الخصوم أو اختلافها .

وبواصل الأستاذ صليب سامى باشا بحثه فيقول :

« وأما موضوعا فلا تتخلو الحال من أن يكون الخلاف على أحقية الموصى له في الوصية ، أو على تعيين نصيبه فيها . ولا شك أن قانون الإنجليس يسمح للموصى بأن يوصى بكل ماله لمن يشاء متى شاء ، كما لا شك أن الموصى به معين دائما في الوصية . ومتى كان الأمر كذلك ، انتفى كل نزاع وانتفت كل خصومة » .

أليس هذا القول غريبا حقا !! ليمدنا الأستاذ الجليل صليب سامى باشا ونحن ممن يتعمرون فيه دقة البحث وحملة الإصلاح ، إذا لم نتكلم عن إبداء هذه الملاحظة : إذا كان قانون الإنجليس يسمح للموصى بأن يوصى بكل ماله

وكان للموصى له معينا دائما في الوصية ، فهل هذا معناه أن ينتفى كل نزاع ، وتنتفى كل خصومة ؟؟ ولماذا تنتفى ؟ وهل انتفت الخصومات في المسائل الاخرى ، وحكم القانون فيها واضح وضوحه في هذه المسألة ؟ هذا هو قانون الإنجليز صريح ، كما يقول الأستاذ صليب سامي باشا ، في أن للموصى أن يوصى بكل ماله . ولم يمنع هذا الوضع المطعون ضده في هذه القضية من أن ينازع الورثة في صحة الوصية التي صدرت من الموصى ، ومن أن يكسب دعواه ، لأنه أولا من ملة غير ملتزم ، ولأنه ثانيا حتى لو كان من ملتزم فإن الواجب هو تطبيق حكم الشريعة الإسلامية في الميراث فلا تجوز الوصية لوارث . فكيف يمكن مع كل هذا أن يقول الأستاذ الكبير : « وإذن لا يصح القول بأنه لا يمكن الفصل في مادة الوصية بطريقة صحيحة دون إحضار الورثة بصفة خصوم في الدعوى » والأستاذ يعلم أن الدعوى لا تقوم إلا بين خصمين ، وأن الخصوم الطبيعيين في دعوى الوصية هم الورثة بالذات !

ويزداد استغرابنا عندما يعتقد الأستاذ مقارنة بين الإرث والوصية فيقول : « وليس حكم الإرث حكم الوصية في هذا الموضوع . لأن النزاع في التركة قد يقوم على من يرث ومن لا يرث ، بينما لا يمكن أن يقوم هذا النزاع في الوصية ، لأن الوصية تعين الموصى لهم بالذات ، ولأن النزاع قد يقوم على حصص الورثة بينما تنصب الوصية دائما على حصص الموصى لهم . وأخيرا لأن الاختصاص في دعاوى الإرث دون دعوى الوصية منوط باتفاق الورثة ، فلا بد من إدخالهم في الدعوى لإثبات قيام هذا الاتفاق أو عدم قيامه » .

أمن أجل أن الوصية تبين الموصى لهم بالثبات، وتحدد الحصص الموصى بها، لا يمكن أن يقوم نزاع في شيء من هذا !! النزاع يقوم — وهو قائم فعلا — فيما يتعلق بمجواز الوصية لوارث، وبالقدر الذي يمكن الإيصاء به، وبغير ذلك من المسائل الأخرى، التي تقوم الأفضية بشأنها كل يوم بين الموصى لهم والورثة. وإذا كان الاختصاص في دعاوى الإرث دون دعوى الوصية منوطا باتفاق الورثة، فليس معنى ذلك، أن صح، إن إدخال الورثة يكون لإثبات قيام اتفاقهم أو عدم قيامه، فإن الورثة لا يدخلون خصوما في الدعوى لمجرد إثبات اتفاقهم أو اختلافهم، بل يدخلون خصوما لمناقشة حق من يدعى الورثة مثلهم، أو حق موصى له يطالبهم بما أوصى له به. وهم في كل ذلك الخصوم الطبيعيون في الدعوى كما قدمنا.

ولا يصح أن يقال بمد كل ذلك أن المادة جرت « بإدخال الورثة في دعاوى الوصية لمجرد إعلانهم بالوصية، والحكم في القضية ولو لم يحضروا، وعدم قبول معارضتهم في الحكم بصحة الوصية »، فإن إدخال الورثة في دعاوى الوصية ليس هو لمجرد إعلانهم بها، بل ليناقشوا صحتها، وليبدوا ما عسى أن يكون لديهم من اعتراضات عليها. فإذا ما عارضوا صحت معارضتهم، وقضى فيها بما يتفق مع القانون. وهذا ما يحدث كل يوم في دعاوى الوصية. وغير دليل على ذلك القضية التي نحن بصدددها، فهي قائمة بين الورثة والموصى لهم. والورثة يمتنعون اعتراضا جديا على صحة الوصية، والمحكمة تجيبهم إلى اعتراضهم، وتحكم فعلا بإبطالها....

وقد استشهد الأستاذ صليب سامي باشا برأي الأستاذين أبي هيف بك

وصفوت بك . وهذان الأستاذان يعتمدان على تفسير المادة ٥٥ من القانون المدني الأهلي تفسيراً غير صحيح ، فيذهبان إلى أنها تعرض للتنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، وهي لا تعرض إلا للتنازع الدولي ما بين القوانين كما رأينا . على أن الأستاذ صفوت بك قد انتهى رأيه إلى الأخذ بمذهب محكمة النقض وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٢٥ - السبب الخامس : يقول الأستاذ صليب سامى باشا فى السبب الخامس والأخير إنه « بعد صدور القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص حاكم الأحوال الشخصية لم يعد هناك محل للاجتهاد . فدام هذا القانون لم يشترط لاختصاص القاضى الملى بدعوى الوصية اتحاد ملة الأخصام فيها ، فلا محل لهذا الشرط » .

وقد يتنا بوضوح أن هذا القانون لا شأن له بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، حتى يشترط أولاً يشترط اتحاد ملة الخصوم . فهو قانون يقر اختصاص المحاكم المصرية للأحوال الشخصية فى جملتها . كما كان الأمر فى الماضى ، بالنظر فى قضايا طائفة معينة من الأجانب ، فالأمر إذن يتعلق بالأجانب لا بالمصريين ، وبالتنازع الدولي لا بالتنازع الداخلى .

١٢٦ - وينتهى الأستاذ صليب سامى باشا إلى استعراض القضاء المصرى فى مسألة اتحاد الملة . فلا يسعفه هذا القضاء ، وقد رأينا زاخراً بالأحكام القاطعة فى وجوب اتحاد الملة حتى يصبح القضاء الملى مختصاً . فيقتصر على الإشارة إلى أحكام نادرة شليلة قد تقضيها التاليفية المباحقة من أحكام

القضاء المصرى . يعمد إلى تجميع حكيم من هذه الأحكام الكثيرة بحجة أنها قد صدرت في قضيتين كان الخصوم فيهما من الروم الأرثوذكس . مع أن الذين يقولون باختصاص القضاء للملئ ينظر قضايا الوصية إنما يقولون ذلك تعميما للتحرير السامى الصادر فى شأن هذه الطائفة ، وهم إذا عموه وجب أن يعموه بما ورد فيه من القيود ، ومنها وجوب اتحاد الملة . أما الطوائف الثلاث التى صدر بتنظيمها قوانين مصرية ، فقد رأينا قوانينها صريحة قاطعة فى وجوب اتحاد الملة حتى يكون القضاء للملئ مختصا .

(٣)

اختلاف ملة الخصوم

فى القضية المنظورة

١٢٧ - وفى القضية المنظورة لاشك فى اختلاف ملة الخصوم . وقد بينت النيابة ذلك فى مذكرتها بوضوح وتفصيل تامين (انظر مذكرة النيابة ص ٩ - ص ١٠) فاللوصى لم انجيليو المذهب ، وبعض الوزنة من الأقباط الأرثوذكس .

١٢٨ - والثابت من وقائع هذه الدعوى أن والده المطعون ضده - المرحوم داوود يوسف - كان قبطيا أرثوذكسيا . ووُلد ابنه - بولس داوود يوسف - على مذهب والده ، أى قبطيا أرثوذكسيا . وبقي الأب

وابنه قبطين أرثوذكسين مدة طويلة جداً إلى سنة ١٩١٣ ، حيث بلغ الأب سن السبعين والابن سن الخامسة والأربعين . ثم إذا بالأب يتزوج في هذه السن المتقدمة من زوجة جديدة ، بواسطة قسيس كنيسة قوص الإنجيلية الذي أصبح فيما بعد عديلاً له بأن تزوج هو الآخر من شقيقة هذه الزوجة . وإذا بالأب يندمج ، بواسطة هذا القس أيضاً ، في سلك الإنجيليين ، ويقيد في دفاتر الكنيسة الإنجيلية ابتداء من سنة ١٩١٣ لا قبل ذلك . ثم يرزق من زوجته الجديدة أولاداً ، يضطهد من أجلهم تحت تأثير زوجته الجديدة ابنة الأكبر من الزوجة القديمة — بولس — ويطلب الحبر عليه ، ويحرمه من ميراثه ، بأن يوصي بجميع أمواله لأولاده من زوجته الجديدة !!

هذه هي المأساة التي تتكرر كل يوم : الشيخ الفاني يستعيد ذكريات الشباب في أواخر أيامه ، فيتزوج من جديد ، ويقع تحت تأثير زوجته الجديدة ، فيضطهد أولاده من الزوجة الأولى ، ثم يحرمهم من ميراثه . ومن أجل هذا قضت الشريعة الإسلامية بأن الوصية لا تجوز للوارث

١٢٩ - انخرط المرحوم داوود يوسف في سنة ١٩١٣ في سلك الإنجيليين كما قدمنا ، وهو شيخ في السبعين . أما ابنه بولس داوود يوسف المطعون ضده ، وكان إذ ذاك كهلاً في الخامسة والأربعين ، فقد بقى على مذهبه قبطياً أرثوذكسياً ، ولم يتحول عن ذلك . فالأب إذن هو الذي غير مذهبه لا الابن . فإذا تمسك الابن الآن — كما كان يتمسك دائماً — بأنه قبطي أرثوذكسي ، فإنه يتمسك بمذهب ولد عليه ، ونشأ فيه ، وبقى مستقفاً له ، ممارساً لطقوسه ، عضواً في جمعياته الخيرية ، مقيداً في جدول الناهخين

لمجلسه الملى الفرعى ، مرشحا لعضوية هذا المجلس ، وذلك كله بشهادة المطرانية القبطية الأرثوذكسية نفسها . وقد تمسك منذ عهد بريد - سنة ١٩٢٠ - فى دعوى الحبر التى رفعها أبوه عليه أمام المجلس الملى الإنجىلى بأنه قبطى أرثوذكسى . واعترف له هذا المجلس ضمنا بأنه غير إنجىلى حين قضى فى الوصية الأولى . وهجر المحصوم عن أن يثبتوا أن الطعون ضده قد تحول إلى المذهب الإنجىلى ، أو طلب انضمامه إلى الكنيسة الإنجىلية ، أو تمسدها ، أو تناول المشاء الرباتى بها .

١٣٠ - وقد أثبت الحكم الطعون فيه كل هذه الوقائع بما لا مزيد عليه ، إذ جاء فى هذا الحكم ما يأتى :

« على أنه علاوة على ما تقدم ، فإن المجلس الملى حين قضى فى النزاع الحاصل فى الوصيتين موضوع هذه الدعوى لم يكن مختصا حتى بالنظر فى الأهلية والصيغة عملا بما هو وارد فى نص المادة ٢١ فقرة أخيرة من الأمر العالى السادر فى سنة ١٩٠٢ ، لأن جميع الورثة لم يكونوا من مذهب واحد ،

إذ ثبت من المستندات المقدمة من المستأنف عليه الأول أنه لا يعترف بأنجليته ، بل دفع بعدم اختصاص المجلس الإنجىلى عند نظر النزاع ، وهو لا يزال متمسكا بهذا الدفع المبني على المستندات التى أخذت بها المحكمة الشرعية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩٣٥ والمقدم بملف الدعوى » .

١٣١ - وبالرجوع إلى حكم المحكمة الشرعية العليا التى استندت إليه محكمة الاستئناف ، واتخذت أسبابا لها ، نقرأ فيه ما يأتى :

« وحيث أن مدار الاختصاص من علمه يرجع إلى معرفة ما إذا كان

الحصان متحدين مذهباً فيكون نظر الوصايا من حق محكمتها ، أو مختلفين
فتسلب هذا الحق . ومن حيث أن كلا من الطرفين قدم مستندات من
مصادره المذهبية ليستدل بها على مذهبه . ومن حيث أن تضارب هذه
الشهادات ، فضلاً عن صدورها بتواريخ لاحقة لرفع الدعوى ، مما يضعفها
ويرفع الثقة عنها . ومن حيث أنه بصرف النظر عن مذهب بولس داوود
في الماضي ، فإنه ثابت في حكم المجلس الملى الصبوى الإنجيلي في ٢٧ أكتوبر
سنة ١٩٢٠ أن بولس دفع اختصاصه عنه (ارتكازاً على أنه أرثوذكسى) وهذا
ثبوت رسمى على تقرير بولس أنه غير إنجيلي ، ومن هذا التاريخ تقدمت
لإصالات بدفع إعانات منه لمأهـد هذا المذهب الأرثوذكسى ، بل أدرج
اسمه فى انتخابات هذه الطائفة المليـة من قبل موت أبيه ، وماذ قرر أمام المجلس
الملى فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ أنه أرثوذكسى . ومن حيث أن هذه
الالبياتات تفيد خروج بولس عن الإنجيلية ولم يقدم خصمه ما يدل على عودته
إليها . وما قدم من شهادات زواج ابنه وبنته فيما بعد بالكنيسة الإنجيلية
لا تفيد ، إذ لا ذكر فيها لحضور بولس ولا توقيع يشتم منه رجوعه . كما
أن حكم رفع الحبر عنه الصادر فى سنة ١٩٢٦ لا يدل على إنجيليته أيضاً لأنه
صدر بناء على الطلب المقدم من أبيه لابنه هو ، وأبوه يقرر فيه صلاحيته
بولس لإدارة شؤون نفسه . فلا ينتظر إذا حضر بولس أن يقرر عكس
هذا ، وقد صدر طبقاً لرغبته التى كان ينادى بها ، ويظلم من توقيع الحبر
عليه من زمن بعيد الخ الخ

١٣٢ - هذا ما تقوله محكمة الموضوع . ويلاحظ إنها تقرر أن

المطمون ضده ، حتى لو فرض إنه كان إنجليا ، فقد عاد قبطيا أرثوذكسيا .
وتقدم تدليلا على ذلك أسبابا مقبولة متبعة لا تدع مجالاً للشك في أن المطمون
ضده قبطي أرثوذكسي . فتكون المحكمة بذلك قد قضت في مسألة
موضوعية حكمها نهائيا لا معقب عليها فيه .

وتترك الكلمة الآن للنياية العمومية ، وهي الطرف المحايد ، إذ تقول
في مذكرتها القيمة التي تقدمت بها في هذه القضية (ص ١٠) :

« فالمحكمة الموضوعية استندت إلى حكم المحكمة العليا الشرعية باعتباره
دليلا من أدلة الدعوى . ووازنت بينه وبين قرار المجلس الملي وهذا يندرج
تحت سلطانها . ولا شبهة أنه إذا قالت محكمة ما أن شخصا ما يتبع عقيدة
معينة ، واستخلصت ذلك من دلائل قدمت إليها ، ووازنت بينها وبين
ما دفعت به ، فلا تتريب عليها فيما تقول . أن ذلك كله لا شأن له بالقانون ،
بل هو متعلق بمحاصل فهم الواقع في الدعوى . يخلص من هذا أولا :
أن الخصوم مختلفو الملة . وأن البت في هذه النقطة بالذات بحث موضوعي
بحث يتولاه قاضيه ، ولا رقابة عليه فيه ، ما دام أن الأدلة التي استند إليها
تسوغه ، ولا ترفضها البداهة ، وتقبلها العقل ، ويسوغها منطق الواقع
وأمارات الدعوى » .

كلمة ختامية

وبعد ، فلا مصلحة لأحد - وأبناء الطوائف أنفسهم هم أول من نعى - في أن تُفصل وصايا غير المسلمين عن موارثهم ، فتخضع الموارث لاختصاص واحد هو القضاء الشرعى ، ولقانون واحد هو الشرع الإسلامى ، بينما تبقى الوصايا حائرة بين جهات قضائية متنوعة وقوانين متضاربة متنافرة . وما دامت وصية غير المسلم لما هو قرابة في دينه تبقى محترمة واجبة النفاذ ، فقد سلم بذلك كل غرض دينى يقصد إلى تحقيقه من طريق الوصية .

وليس هناك شك في أن الوصية متصلة أوثق الاتصال بالميراث ، وبينهما من العرى ما لا يمكن فصله . فيجب أن تخضع وصية غير المسلم للحكمة والقانون اللذين يخضع لهما ميراثه . فتتناسق الأحكام ، ويستقر التعامل ، ويطمئن كل ذى حق إلى حقه ، ولا يفسح المجال للتحايل الذى نراه يقع كل يوم للهرب من عكمة إلى أخرى .

وللمحكمة العليا في موارث غير المسلمين ووصاياهم سياسة واضحة النهج وطيدة الأركان . فهي تقضى بالمبادئ الآتية :

(أولاً) إن المحكمة الشرعية هي المختصة إذا اختلفت ملة الخصوم (نقص

١٥ يونيه سنة ١٩٣٣ ، مجموعة أحكام النقض ١ ص ٢٣٧ - ٣ ديسمبر سنة

١٩٣٦ مجموعة أحكام النقض ٢ ص ٣٢ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩٤٠ ص ٥٩١ .

(ثانيا) إن المحكمة الشرعية هي المختصة أيضا إذا اتحدت ملة المحصوم ولم يتراض الورثة الذين تعترف بهم الشريعة الإسلامية على قضاء ملتهم .
(نقض ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٨١١) .

(ثالثا) إن القضاء الملى هو المختص إذا اتحدت ملة المحصوم ، وتراض الورثة الذين تعترف بهم الشريعة الإسلامية على قضاء ملتهم . ولكن القضاء الملى يطبق أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن تراضت المحصوم الذين هم أهل للتصرف في حقوقهم على تطبيق قانون الملة (نقض ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٨١١) .

(رابعا) إن القضاء الملى إذا كان مختصا بنظر الوصايا بالنسبة لبعض الطوائف بمقتضى نصوص خاصة ، فالواجب أن يطبق الحكم التقاضى بأن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ولنير وارث . (نقض ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٤٥٤) .

* *

هذه هي السياسة العليا لمحكمة النقض ، أقامت بنائها حجرا حجرا حتى ارتفع قويا شامخا . وهي لن تسمح لهذا البناء أن ينقض .
بل هي تذهب إلى أبعد من ذلك فتقول :

« وقد آن الأوان من زمن طويل لتوحيد جهات التقاضى ، بحيث
ينظر القضاء بعينه فى الأحوال الشخصية لكافة المصريين من مسلمين وغير
مسلمين ، كما ينظر فى الأحوال العينية . وأن كل تراخ فى تحقيق هذه
الأمنية ضار أعظم الضرر بالتقاضين ، بل وبمصالح البلاد » .
وإذا كانت المحكمة العليا لا تملك أن تشرع ، فعى تملك أن تقضى .
وقد قضت فى حدود اختصاصها . وكانت كلمتها فاصلة حاسمة .
فلنترقب ، مطمئنين ، هذا القضاء الأعلى .

Bibliotheca Alexandrina



0410987